الوسيط في المذهب

تصنيف

الشيخ الإمام حجة الإسلام

محمد بن محمد بن محمد الغزالي

المتوفى ٥٠٥ هـ

وبهامشه

التنقيح في شرح الوسيط للإمام محيي الدين بن شرف النووي

شرح مشكل الوسيط للإمام أبي عمرو عثمان بن الصلاح

شرح مشكلات الوسيط للإمام موفق الدين حمزة بن يوسف الحموي

تعليقة موجزة على الوسيط للإمام ابراهيم بن عبد الله بن أبي الدم

وكلها تنشر لأول مرة

حققه وعلق عليه

أحمد محمود ابراهيم

المجلد الرابع

دار السلام

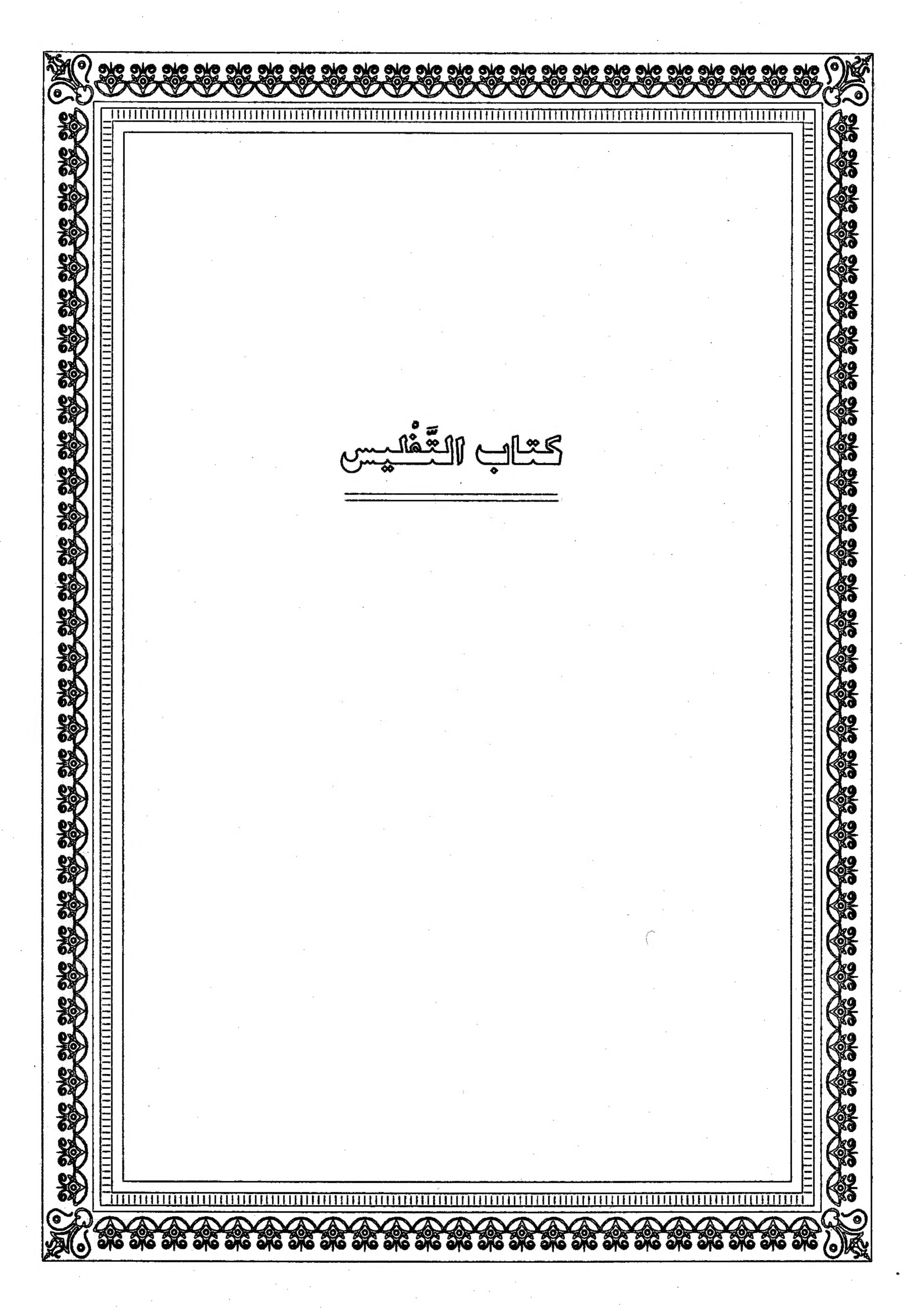
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع
لصاحبها
عبد القادر محمود البكار

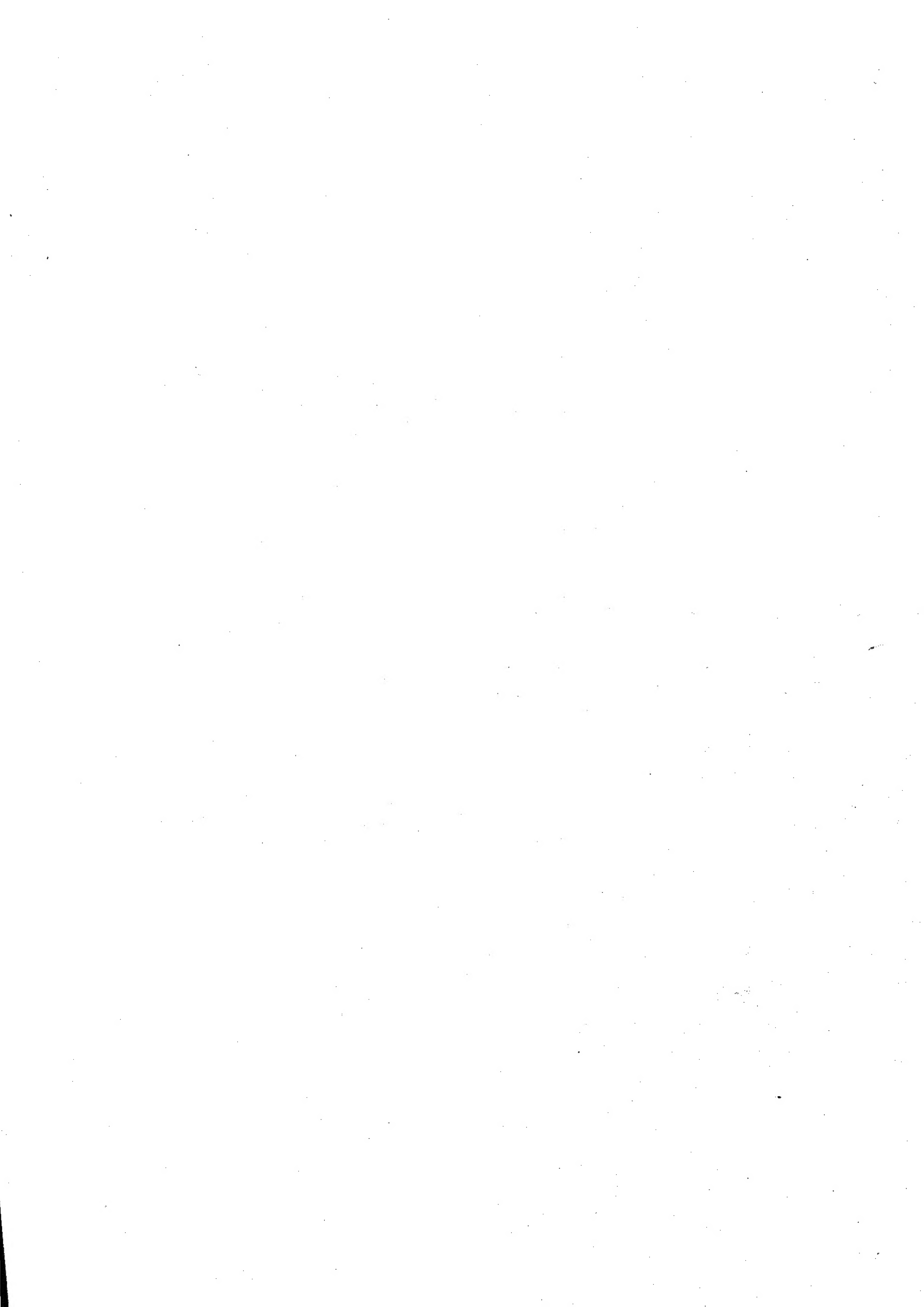
120 شارع الأزهر - ص.ب 161 الغورية
ت 5932820 - 2704280 - 2741578 فاكس 2741750

الطبعة الأولى 1417هـ - 1997م

رقم الإيداع 96/13868
الترقيم الدولي I.S.B.N.
977-5147-73-5



كتاب التَّفْلِيس



والتفليس : أن يُجْعَلَ مَنْ عليه الدينُ مُفلسًا ببيعِ مالِهِ ، ومهما التمس الغرماءُ الحجرَ عليه بديونهم الحالَّة الزائدةِ على قَدْرِ مالِه : فللقاضي الحجرُ [1] عليه وبيعُ ماله في حقهم [2] .

فإن قيل : فلو كانت الديونُ مؤجَّلة ؟

قلنا : لا ؛ لأنه لا مطالبةَ في الحالِ .

والصحيح : أن الديونَ المؤجَّلةَ لا تَحِلُّ بالحجر على المفلس ولا بالجنونِ ، وإن كانت تَحِلُّ بالموت .

فإن قيل : فإن لم تكن الديونُ زائدةً على المال ؟

قُلنا [3] : في المساوية للمال وجهان [4] ، وفي المقاربةِ للمساواة - وهي ناقصة - وجهان مرتبان [5] ، وإن لم تقارِبْ [6] فلا حجر [عليه] [7] بخلاف الميت ، فإن الورثةَ يُمْنَعُون من [8] التَّرِكة وإن لم يستغرِق الدينُ ؛ نظرًا للميت .

فإن قيل : فلو التمس بعض الغرماء ؟

قلنا : إن زاد دَيْنُه [9] على قدر المال : أُجِيبَ ، وإن ساوى أو قارَبَ فعلى الخلاف .

---

(١) في (ب) : « أن يحجر » .

(٢) في هامش (أ) توجد حاشية نصها هو : « مراد بقوله : فللقاضي الحجر عليه : أي فعليه ؛ لأنه متى اجتمعت هذه الشروطُ التي ذكرها وجب على القاضي ضربُ الحجر عليه » .

(٣) في (أ) : « قلنا : لنا » .

(٤) والوجه الأصح عند العراقيين : أنه لا حجر ، كما في الروضة : (١٢٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٣/٤) .

(٥) وهنا أولى بالمنع من الحجر ، كما في الروضة : (١٢٩/٤ ، ١٣٠) .

(٦) في (أ) : « يقارب » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « عن » .

(٩) في (أ) : « دينهم » .

ولو [1] التمس المفلسُ [2] بنفسه دون الغرماء ففي إجابته وجهان [3] ، أشبههما بالحديث : أنه يُجاب ؛ إذ حَجَرَ رسولُ الله ﷺ على معاذٍ بالتماسه [4] ، و أبو حنيفة [5] لم يَرَ هذا الحجرَ .

ومُعْتَمدُنا : حَجْرُه - عليه السلام - [6] على معاذٍ [6] ، وقول عمر - رضى الله عنه - في خطبته : « ألا إن أُسَيْفعَ [7] أسيفعَ جُهَنْيَةَ ، رضي من دينه وأمانته بأن يقال : سَبَق الحاجَّ [8] فادّان معرضًا فأصبح وقدرين به ، [9] فمن كان عليه دَيْنٌ فَلْيأْتِنا غدًا [9] ، فإنّا [10] بايِعُو مالِه [غدًا] [11] [12] وقاضُو دَيْنِه [12] ، [فمن كان له عليه دين

(١) في (أ) : « فلو » . (٢) في (أ) : « للمفلس » .

(٣) أصح الوجهين : أنه يجوز الحجر بالتماس المفلس دون الغرماء . انظر : روضة الطالبين :(١٢٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٤/٤ ، ٣١٥) .

(٤) انظر حجر النبى على معاذ وبيع ماله وسداد دينه في : سنن ابن ماجه : (٧٨٩/٢) (١٣) كتاب الأحكام (٢٥) باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه (٢٣٥٧) ، والحاكم في المستدرك : (٢٧٣/٣) ، والدارقطني : (٢٣٠/٤ ، ٢٣١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤٨/٦) كتاب التفليس - باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، ومعرفة السنن والآثار : (٢٥٢/٨) حديث رقم : (١١٨٤٩ ، ١١٨٥١ ، ١١٨٥٢) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣٧/٣) حديث رقم : (١٢٣٣) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز الحجر على المفلس بالتماس الغرماء الحجرَ عليه من القاضي إذا كانت الديون حالّةً زائدةً على قدر الدين ، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد صاحبي أبي حنيفة .

وقال أبو حنيفة : لا أحجر على المفلس في الدين ، وإذا وجبت الديونُ على رجل وطلب غرماؤه حبسَه والحجر عليه ، لم أحجر عليه . انظر : روضة الطالبين : (١٢٧/٤ ، ١٢٨) ، مغني المحتاج : (٢/ ١٤٧) ، نهاية المحتاج : (٣١٤/٤) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (٢٠١/١) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣١٩/٣ ، ٣٢٠) ، الاختيار لتعليل المختار : (٩٨/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٢/٢) .

(٦) ما بين القوسين : ليس في (ب) . (٧) في (أ) : « الأسيفع » .

(٨) كلمة « الحاج » : ليست في (ب) . (٩) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) : « وإنا » . (١١) زيادة من (أ) .

(١٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

فليحضر][1] »[2] .

ثم دينُ الغرماء ينقسم إلى ما يكون عن ثمنِ مبيعٍ والمبيعُ قائمٌ ، وإلى ما يكون عن غيره .

* * *

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ : (٥٩٠/٢) (٣٧) كتاب الوصية (٨) باب جامع القضاء وكراهيته (٨) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٤٩/٦) كتاب التفليس - باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه ، ومعرفة السنن والآثار : (٢٥٢/٨) حديث رقم : (١١٨٥٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٠/٣ ، ٤١) حديث رقم : (١٢٣٩) .

القسم الأول من الكتاب

فيما إذا لم يكن من [١] ثمنِ مبيعٍ ، أو كان ولكنِ المبيعُ هالكٌ

فالنظر في ثلاثة أحكام : (٢ فيما امتنع من التصرفات بالحجر ، وفي بيع ماله ، وفي حبسه ٢) .

الحكم الأول : التصرُّفُ المحجورُ فيه

وهو كلُّ تصرُّفٍ ، مبتدأ ، يُصادف المال الموجود عند ضرب الحجر .

ففيه ثلاثة قيود :

الأول : ما يصادف المالَ : احْتُرِز [٣] به عن التصرف في البُضْعِ جلبًا بالنكاح ، وإزالةً بالخُلْع .

وفي الدم استيفاءً بالقصاص ، وإسقاطًا بالعفو ، وفي النسب إثباتًا بالاستلحاق ، وإسقاطًا باللعان . وفي المال الجديد [٤] باجتلابٍ [٥] باحتطاب ، أو احتشاش ، أو اتِّهاب ، أو قبولِ وصيةٍ أو شراءٍ على المذهب الأصح ، فكلُّ ذلك لا حجرَ فيه .

وكذلك لو أقرَّ بما يُوجِبُ عليه قصاصًا أو أرْشًا : قُبِل منه ، ويُؤاخذ منه [٦] بالأرش بعد فَكِّ الحجرِ لا من هذا المال .

ولو أقرَّ في عينِ مالٍ بأنه مغصوبٌ أو وديعةٌ عنده [٧] : ذكر الشافعي – رضي الله

---

(١) في (أ) : « عن » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (ب) .

(٣) في (أ) : « احترزنا » .

(٤) في (أ) : « المجدد » .

(٥) في (أ) : « بالاحتلاب » .

(٦) قوله : « منه » : ليس في (أ) .

(٧) قوله : « عنده » : ليس في (ب) .

عنه - [1] في القديم قولين [2] ، ووجه القبول : نفيُ التهمةِ وكونُه أهلاً للإقرار .

فقال المحققون : يجب طَرْدُ هذا في الإقرار بالدين ، حتى يُقْضَى من المال مع سائرِ الغرماء أيضًا لنفي التهمة ، وإلا فلا فرق .

أما ما يُصادِفُ عينَ المال ، كالعِتْق ، والبيع ، والهبة ، والرهن ، والكتابة : كلُّ ذلك فاسدٌ ولا يخرج [ذلك] [3] على عتق الراهن ؛ لأن هذا الحجرَ لم يَنْشَأْ إلا للمَنْعِ من مثلِه مقصودًا ، فإن في تنفيذه تضييعَ الحقوق .

ثم لو فَضَلَ العبدُ المعتقُ أو المبيعُ ، أو أبرأ [4] عن الدين : ففي تنفيذ العتق قولان [5] ، وفي البيع قولان مرتبان ، وأولى بأن لا يَقْبَلَ الوقفَ .

ووجه التنفيذ : أن البيعَ صَدَرَ من أهله وصادف محلَّه ، وكنَّا نظنُّه دافعًا لحقٍّ لا سبيلَ إلى دفعه ، والآن تبيَّنَ أنه لم يحصل به دفعُ محذور .

وفائدةُ هذا القول : أنَّا ما دُمْنَا نَجِدُ سبيلًا إلى قضاء الدين من موضعٍ آخر : نفعل ، فإن [6] لم نجد : صَرَفْنَا إليه المبيعَ ، ثم المكاتبَ ، ثم المعتقَ فنجعله آخرَها ، وهذا الترتيبُ مستحقٌّ على هذا القول .

---

(١) انظر : الأم : (١٨٧/٣) ، روضة الطالبين : (١٣٢/٤) ، المجموع : (٤١٧/١٢) .

(٢) الأظهر من القولين في الإقرار بأن المال مغصوب ، أو وديعة ، أو الإقرار بالدين . الأظهر منهما هو : القبول في حق الغرماء ، كما في الروضة : (١٣٢/٤) ، المجموع : (٤١٧/١٢) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « أبرى » .

(٥) قال في الروضة : « وإن كان غير ذلك ، فإما أن يكون موردُه عينَ مال ، وإما في الذمة ، فهما نوعان : الأول : كالبيع ، والهبة ، والرهن ، والإعتاق ، والكتابة ، وفيها قولان . أحدهما : أنها موقوفة ، إن فضل ما يصرف فيه عن الدين ؛ لارتفاع القيمة ، أو إبراءٍ نفذناه ، وإلا فتبين أنه كان لغوًا . وأظهرهما : لا يصح شيء منها ، لتعلق حق الغرماء بالأعيان ، كالرهن » . انظر : روضة الطالبين : (٤/ ١٣٠) ، مغني المحتاج : (١٤٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٥/٤) .

(٦) في (أ) : « وإن » .

القيد الثاني : قولنا : المال الموجود عند الحجر :

احترزنا به عما تجدَّد [بإرث أو] [1] باحتطابٍ ، أو وصيةٍ ، أو اتِّهاب ، أو شراء إذا صححنا الشراءَ ، ففي تعدِّي الحجر إليه [2] وجهان [3] : فمن قائل : المقصود الحجر عليه ([4] في نفسه [4]) .

ومن قائل / يقول : المقصودُ الحجرُ في المال ، وهذا لم يكن موجودًا . ٨٧/أ

ثم إذا صححنا الشراءَ ، فهل للبائع التعلقُ بعين المبيع ، وقد أنشأ البيعَ في حال الحجر والإفلاس ؟ فيه ثلاثة أوجه :

يُفرَّق في الثالث بين أن يُعْلَمَ إفلاسُه أو لا يعلم ، والظاهر [5] : أنه إذا كان جاهلًا ثبت الخيارُ .

فإن قلنا : لا يثبت الخيارُ ؛ لأن هذا الحجرَ لم يُضْرَبْ لأجله ، بل ضُرِبَ قبله ، ففي الثمن وجهان :

أحدهما [6] : يصبر ولا يُضارب به ؛ فإنه دينٌ جديد ، والمالُ لا يُصْرَف إلى دينٍ جديد .

والثاني : أنه يُضارب ؛ لأنه أدخل في ملكه شيئًا جديدًا بدَيْنِه الجديد ، وسائرُ الديون الجديدة من مهر نكاحه ، وضمانه ، وغيره لا تُقضى من ماله ، إلا ما هو من مصلحةِ الحجر ، كأجرة الكيَّال والحمَّال ، فإنها تُقدَّم على سائر حقوق الغرماء .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) . (٢) في (أ) : « إليها » .

(٣) أصح هذين الوجهين : تعدِّي الحجر ، كما في الروضة : (١٣٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٤٩/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٩/٤) .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٥) ذكر في الروضة : أنه الأصح وليس الظاهر لكونها أوْجُهًا لا أقوالاً . انظر : روضة الطالبين : (١٣٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٥٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٩/٤) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٣٣/٤) ، مغني المحتاج : (١٥٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٩/٤) .

القيد الثالث : قولنا [1] : **مبتدأ** : احترزنا به عن [2] مسألتين :

إحداهما : أنه [3] لو اشترى [به] [4] شيئًا ووَجَد به عيبًا وكانت الغبطةُ في رَدِّه : فله ذلك ، وليس للغرماء مَنْعُه ؛ لأن سببَ استحقاقه قد سبق .

ولو تعذَّر الردُّ بعيبٍ حادث : استحق الأرْشَ ، ولا يَنْفُذُ إبراؤه كما لا ينفذ في سائر الديون ؛ لأنه إبطالُ حقٍّ [5] الغرماء ، ولو أمكن ردُّه ولكنه مع العيب يساوي أضعافَ الثمن : فليس له الردُّ ؛ لأنه تفويتٌ من غير غرَض .

فلذلك [6] ليس لوليِّ الطفل في مثل هذه الصورةِ الردُّ ، ثم لا يطالب بالأرش ؛ فإن الردَّ ممكنٌ في حقه ، وإنما وقع الامتناعُ مع الإمكان للمصلحة .

الثانية : إذا اشترى بشرطِ الخيار ثلاثةَ أيام فحُجِرَ عليه قبل مُضِيِّ المدة :

قال « الشافعي – رضي الله عنه – [7] : له الفسخُ والإجازةُ دون الغرماء ؛ لأنه [8]ليس بمستحدث [8] .

فمن الأصحاب مَنْ وافق [هذا] [9] الإطلاقَ ولم يشترط عليه رعايةَ الغبطة [10] .

ومنهم من قال : يُفَرَّع على أقوالِ الملك ، فحيث كان بالفسخ أو الإجازة مزيلَ

---

(١) كلمة : « قولنا » : ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « من » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « لأنه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « لحق » .

(٦) في (أ) : « وكذلك » .

(٧) انظر : الأم : (١٨٤/٣) ، مختصر المزني : (٢٢١/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٠٧/٦) .

(٨) في (أ) : « ليس لمستحدث » ، وفي (ب) : « تفليس مستحدث » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) وهذا الطريق هو الأصح ، كما في الروضة : (١٣٤/٤) .

الملك [١] : فلا يجوز إلا بشرط الغِبطة ، كما في الردِّ بالعيب .

وحيث يكون جالبَ ملكٍ لا مزيلًا فلا حجرَ عليه ؛ إذ ليس عليه الاكتسابُ والتحصيلُ ، ومَنْ أطلق علَّل بأن الملكَ لم يَثْبُتْ [٢] بَعْدُ ، فهو في [٣] الابتداء [٤] ، بخلاف الردِّ بالعيب .

فرعان :

الأول [٥] : [أنه] [٦] لو كان له على غيره دينٌ ، فأنكر ، فرُدَّ اليمينُ عليه فنَكَل ، أو كان له شاهدٌ ولم يحلف : فليس للغريم أن يَحْلِفَ ؛ إذ لاحقَّ له على [غير] [٧] من عليه الدينُ ، ونصَّ الشافعي - رضي الله عنه - [٨] على القولين [٩] في نكول الوارث ، أن الغريمَ هل يحلف [١٠] ؟

فمنهم من خرَّج هاهنا قولًا ، ووجَّهه : أنه لا يَبْطُلُ حقُّ الغريم بالإبراء ، فكذا [١١] بالنكول .

---

(١) في (أ) : « ملك » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ثبت » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٣) قوله : « في » : ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « كالابتداء » .

(٥) في (أ) : « أحدهما » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : الأم : (١٨٠/٣) .

(٩) في (أ) : « قولين » .

(١٠) قال في الروضة : « من مات وعليه دينٌ ، فادَّعى وارثُه دينًا له على رجل ، وأقام شاهدًا وحلف معه ، ثبت الحق وجُعِل في تركته . فإن لم يحلف لم تُرَدَّ اليمين على الغرماء على الجديد . ولو ادَّعى المحجورُ عليه بالفلس دينًا والتصوير كما ذكرنا لم يحلف الغرماء على المذهب . وقيل : فيه القولان . وحكى الإمام عن شيخه طردَ الخلاف في ابتداء الدعوى من الغرماء . وعن الأكثرين القطع بمنع الدعوى ابتداء ، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوارث في المسألة الأولى ، والمفلس في الثانية . قلت : وطرد صاحب « التهذيب » القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (١٣٥/٤) .

(١١) في (أ) : « وكذا » .

ومنهم من فرَّق بأن الوارثَ ليس يدَّعي الدينَ لنفسه ، فهو والغريمُ سواءٌ في أنهما يدَّعيان للميت ، والميتُ عاجزٌ ، وأما هاهنا المستحِقُّ [1] حيٌّ ، فاليمينُ من غير المستحقِّ مع نكوله بعيدٌ .

وكذلك الأصح : أن الغريمَ هاهنا لا يَبتدئ بالدعوى [2] على الإنسان بأنّ للمفلس عليه حقًّا [2] ، بخلاف الميت .

وقال الشيخ أبو محمد : إذا قلنا : يحلف ، لا يَبْعُدُ أن يدَّعي ابتداء به [3] .

الثاني : لو أراد مَنْ عليه الدينُ سَفَرًا : مَنَعَه مَنْ له دينٌ حالٌّ ، ومَنْ له دينٌ مؤجَّلٌ : فلا ، بل يلازمه إن أراد مطالبتَه عند حلول الأجَل .

وفي سفرٍ للغزو [4] خلاف [5] ؛ لأن المصيرَ إلى الهلاك الذي هو سببُ الحلول ، وهو بعيدٌ ، ولو طلب صاحبُ الدين كفيلًا أو إشهادًا : لم يلزمه ، وفي لزوم الإشهاد وجهٌ بعيد .

وفي سماع الدعوى بالدين المؤجَّل خلافٌ ، وكذا بالدين الحالِّ مع الاعتراف بالإفلاس ، وكذا بالدين على العبد ، وكذا دعوى المستولدةِ الاستيلادَ [على المبيع] [6] قبل أن تُعْرَضَ على البيع .

---

(١) في (أ) : « فالمستحق » .

(٢) في (أ) : « على إنسان بان للمفلس عليه حقٌّ » .

(٣) قوله : « به » : ليس في (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « للعزف » ، والمثبت من (أ) .

(٥) والأصح أنه لا منع من السفر للغزو . انظر الروضة : (١٣٦/٤) .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

الحكم الثاني : بيع مال المفلس وقسمته

وللقاضي ذلك بشرطِ رعاية الغِبْطة والمصلحةِ ، فيبيع بثمن المِثْل ، ولا يُسَلِّمُ المبيع قبل قبض الثمن ، ويُبَادِر إلى بيع الحيوان ، ولا يُطَوِّل مدةَ الحجر ، ويبيع بحضور [(١)] المفلس فهو أبعدُ عن التهمة ، وربما [(٢)] يَطَّلِعُ المفلسُ على زَبُونٍ يشتري بزيادة . ويجمع أثمانَ السِّلَع ؛ ليَقْسِمَ على نسبة الديون دَفْعةً واحدة ، فإن لم يَصْبِروا قَسَمَ كلَّ ما يحصل .

ولا يُكلف الغرماء حجة على أن لا غريمَ سواهم ؛ اكتفاءً بأنه لو كان لظَهَرَ مع استفاضة الحجر ، فلو ظهر غريمٌ بدينٍ قديم : لم يَنْقُض القسمةَ ، بل رجع [(٣)] على كلِّ غريمٍ بما يقتضيه التوزيعُ [(٤)] .

ولو خرج مبيعٌ [(٥)] مستحقًّا : رجع المشتري بالثمن على الغرماء وتقدم بمقداره ، لا بطريق المضاربة ، فإن بَيْعَ مالِه من مصلحة الحجر ، ولا يرغب الناس فيه ، ما لم يثقوا بضمان الدَّرَكِ على الكمال .

ثم لا يَبِيعُ جميعَ ماله ، بل يُنْفِقُ عليه [(٦)] مدةَ الحجر وعلى زوجته وأقاربه ، ويَتْرُكُ له عند البيع نفقةَ يومه ، وكذا لزوجته وأقاربه ولم يلحق بالمعسر [(٧)] في إسقاط نفقة القريب عنه [(٨)] في هذا اليوم ، وَيتْرُكُ له دِسْتَ ثَوْبٍ [(٩)] يليق بمنصبه [(١٠)] ، حتى الطَّيْلَسَانَ والخُفَّ إن كان حَطُّه عنه يَخْرِقُ [(١١)] مروءتَه [(١٢)] .

وكذلك لو مات قُدِّم تكفينُه وتجهيزُه ، فإنه حاجةُ وقته ، ثم يقتصر على ثوبٍ واحد ، أم [(١٣)] لابدّ له من ثلاثة أثواب ؟ فيه خلاف ذكرناه في الجنائز .

(١) في (أ) : « بحضرة » . (٢) في (أ) : « فربما » .
(٣) في (أ) : « يرجع » . (٤) في (أ) : « الحساب » .
(٥) في (أ) : « المبيع » . (٦) في (أ) : « في » .
(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « المفلس » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .
(٨) في (ب) : « عليه » . (٩) في (أ) : « ثياب » .
(١٠) في (أ) : « لمنصبه » . (١١) في الأصل ونسخة (ب) : « يحرق » ، والمثبت من (أ) .
(١٢) في (أ) : « لمروءته » . (١٣) في (أ) : « أو » .

والمذهب : أنه يُباع مسكنُه وخادمُه [١] ، ونصَّ في الكفَّارات على أنه يعدل إلى الصوم .

وإن وجد خادمًا ومسكنًا ، فقيل : يطرد القولين نقلًا وتخريجًا .

وقيل بالفَرْق من حيث إن حقَّ الله [مبنيٌّ] [٢] على المساهلة ، وأن الكفارة / لها بدلٌ . ٨٧/ب

وقيل أيضًا : يُباع الخادمُ دون المسكن ، ثم يُقتصر على ما يَلِيقُ به في المسكن ، وما يترك [له] [٣] إذا كان [موجودًا في يده] [٤] ، يُشْتَرَى له [٥] إذا لم يكن ، ثم لا يستكسب في أداء الديون بإجارته ، خلافًا لأحمد بن حنبل رحمه الله .

وقال مالك : إذا [٦] كان مثلُه يؤاجِرُ نفسَه كُلِّف ذلك .

وفي إجارة مستولدته وجهان ، وكذا [٧] إجارةُ ما وُقِفَ عليه [٨] .

فإن قلنا : يفعل ذلك ، فالحجرُ يدوم إلى الوفاء بتمام الديون ؛ لأن ذلك لا مَرَدَّ له .

ثم إذا اعترف الغرماءُ بأنْ لا مالَ له سوى ما قُسِم ، فهل ينفكُّ الحجرُ ، أم يُحْتاج إلى فكِّ القاضي ؛ خيفةَ غريمٍ آخر يظهر [٩] ؟ فيه وجهان [١٠] .

وكذا الخلاف لو تطابقوا على رفع الحجر عنه ، ومنه يَتشعَّبُ خلافٌ في أنه لو لم

---

(١) انظر : مختصر المزني : (٢٢٢/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٢٧/٦ ، ٣٢٨) ، روضة الطالبين : (١٤٥/٤) ، المجموع : (٤٢٠/١٢) ،مغني المحتاج : (١٥٤/٢) .

(٢) كلمة : « مبني » زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « له » ليس في (ب) .

(٦) في (أ) : « إن » .

(٧) في (أ) : « وكذلك » .

(٨) أصح هذين الوجهين : إيجار المستولدة ، وكذلك ما وقف عليه ، كما في الروضة : (١٤٦/٤) .

(٩) في (أ) : « يطرأ » .

(١٠) أصح هذين الوجهين : أنه يحتاج إلى فك القاضي ، كما في الروضة : (١٤٧/٤) .

يكن له [١] إلا غريمٌ واحد ، فباع [٢] مالَه منه بالدين الذي عليه [٣] ؟

قال صاحب التلخيص : يصح ، إذ الحقُّ لا يَعْدُوهما ، وفيه رفعُ الحجر بسقوط الدين .

وقال أبو زيد : لا يصح ؛ فربما يكون له غريمٌ آخر .

قال الشيخ أبو علي : لو باع بإذنِ الغريم من أجنبيٍّ ، أو باعه من الغريم لا بالدين : لم يصح وفاقًا ؛ لأنه ليس فيه رفعُ الحجر .

قال إمام الحرمين : يحتمل أن يُقال : يصح ؛ إذ الحقُّ لا يعدوهما .

* * *

(١) قوله : « له » ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « فباعه » .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (١٤٧/٤) .

الحكم الثالث : حبسه إلى ثبوت إعساره

فإذا قُسم ما وُجِدَ من ماله وبقي بعضُ الدين ، أو ادَّعى على مَنْ لا مالَ له ظاهرًا [١] واعترف : فيُحْبَس ، فإن ظهر للقاضي عنادُه في إخفاء المال ، يترقَّى [٢] إلى تعزيره بما لا يزيد في كلِّ نوبةٍ على الحدِّ ، فإن أقام [٣] بينةً على الإعسار [٣] ، خُلِّي في الحال وأُنْظِر إلى ميسرة .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا تُسمع بينةُ الإعسار إلا بعد مُضِيِّ أربعين يومًا ، أو شهرين في رواية [٤] . ثم ليشهد مَنْ يَخْبُر بواطنَ أحواله ، فإنه يشهد على النفي ، فإذا [٥] قال الشاهد : خَبَرتُ بواطنَ [٦] أحواله ، كفى ذلك ؛ فإنه عَدْلٌ فيُصدَّق فيه ، كما في أصل الشهادة ، وكذا الشهادة على أنْ لا وارثَ سوى الحاضر .

ثم للغريم أن يُحلِّفه مع الشاهد ، فلعل له مالًا لا يَطَّلِع الشاهدُ عليه ، فإن قال : لست أَطْلُبُ يمينَه ، لم يُحلَّف . وإن سكت ، فالقاضي هل يُحلِّفه ، ثم يُخَلِّيه من

---

(١) في (أ) : « أو » . (٢) في (أ) : « يتراقى » .

(٣) في (أ) : « على الإعسار بينة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا أقام المديونُ بينةً على إعساره لم يَجُزْ حبسُه ولا ملازمته بل يُمْهَل إلى أن يُوسِر .

ومذهب الحنفية : أنه لا تقبل بينةُ الإعسارِ إلا أن يحبس مدة يغلب على ظن القاضي أنه لو كان له مالٌ أظهره ، فإن لم يَظْهَرْ له مالٌ قبل تلك المدة خُلِّي سبيلُه . وفي تقدير هذه المدة التي لا يجوز إخلاء سبيله قبلها أقوالٌ ، فقيل : شهر ، وقيل : شهرين أو ثلاثة ، وقيل : أربعة ، وقيل : ستة .

انظر : مختصر المزني : (٢/٢٢٢) ، الحاوي الكبير : (٦/٣٣٢) ، روضة الطالبين : (٤/١٣٦) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب : (١/٢٠٣) ، مختصر الطحاوي : (٩٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢/٩٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/٢٤) .

(٥) في (أ) : « وإذا » .

(٦) في (ب) : « باطن » .

الحبس ؟ أو [١] يُخَلِّيه دون التحليف ؟ فيه وجهان [٢] .

فمن قال : يُحلِّفه جَعَلَ ذلك من أدب القضاء ، وأما [٣] إذا عجز عن إقامة بينةِ الإعسار ، فإن عُهِدَ له من قبل يسارٌ فلا يُغْنِيه إلا البينةُ ، وإن لم يُعْهَدْ قط موسرًا ، فثلاثة أوجه :

أحدها [٤] : القولُ قولُه ؛ إذ الأصلُ الفقرُ ، واليسارُ طارئٌ .

والثاني : لا ؛ إذ الغالبُ على الحرِّ القدرةُ .

والثالث : أن الدين إن لَزِمَه باختياره ، فالظاهر : أنه لم يلتزم [٥] إلا مع القدرة ، وإلا فالقولُ قوله .

التفريع : إن قُلنا : القولُ قولُه ، فيُقْبَل يمينُه على البِدَار ، وكان يُحتمل هاهنا توقُّفٌ ، كما قال أبو حنيفة في الشهود .

وإن قلنا : لا يُقْبَلُ ، فلو [٦] كان غريبًا فتخليدُ الحبس عليه إضرارٌ ، فللقاضي أن يُوكِّل به شاهدين يستخبران عن مَنْشَئِه ومولدِه ومُنْقَلَبِه ، ويَحْصُلُ لهما غلبةُ ظنٍّ في إعساره بقرينة حاله فيشهدان على الإعسار .

---

(١) في (أ) : « أم » .

(٢) قال في الروضة : « ويحلف المشهود له مع البينة ؛ لجواز أن يكون له مالٌ في الباطن ، وهل هذا التحليفُ واجبٌ أم مستحب ؟ قولان . ويقال : وجهان . أظهرهما : الوجوب ، وعلى التقديرين هل يتوقف على استدعاء الخصم ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو ادَّعى على ميت أو غائب ، فعلى هذا هو من آداب القضاء . وأصحهما : نعم . كيمين المدعى عليه . قال الإمام : الخلاف فيما إذا سكت . فأما إذا قال : لست أطلب يمينَه ، ورضيت بإطلاقه ، فلا يحلف بلا خلاف » . انظر : روضة الطالبين : (١٣٨/٤) .

(٣) في (أ) : « أما » بدون الواو .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (١٣٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٥٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٢/٤) .

(٥) في (أ) : « يلزمه » . (٦) في (أ) : « فإن » .

فرع : في حبس الوالدين في دين الولد وجهان [1] :

أحدهما : المنع ؛ لأنه تعذيبٌ وعقوبةٌ ، والولدُ لا يستحق عقوبةً على والدَيْه [2] ، وهذا ضعيف ؛ لأن المقصودَ منه الإرهاقُ إلى قضاء الحق ، ومَنْعُه يؤدِّي إلى أن يعترف الوالدُ [3] بالدين ويمتنع عن الأداء مع اليسار ، ويعجز عن استيفائه .

فإن قيل : يلازم إلى أن يؤدِّي ؟

قلنا : إن لم يُمْنَعْ عن تردُّده في حاجاته [4] مع الملازمة [4] فهو تعذيبٌ للملازِم ، ولا يُجْدِي شيئًا . وإن مُنِعَ من التردد إلى أن يَقْضِيَ الدينَ فلا معنى للحبس إلّا هذا والسَّجَّان هو الملازم .

* * *

(١) قال في الروضة : « في حبس الوالدَيْن بدين الولد وجهان : أصحهما عند الغزالي : يحبس ، وأصحهما في « التهذيب » وغيره : لا يحبس ، ولافرق بين دين النفقة وغيره ، ولا بين الولد الصغير والكبير » . انظر : روضة الطالبين : (١٣٩/٤) وذكر النووي في كتاب الشهادات أن في حبس الوالدين بدَيْن الولد ثلاثة أوجه أصحها : المنع .

(٢) في (أ) : « والده » .

(٣) كلمة : « الوالد » ليست في (أ) .

(٤) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

القسم الثاني من الكتاب

فيما إذا كانت الديونُ لازمةً من أثمان السلع وهي قائمة

فللبائع الرجوعُ في عين متاعه ؛ [(1)] لقوله ﷺ [(1)] : « مَنْ مات أو أفْلَس ، [(2)] فصاحبُ المتاع [(2)] أحقُّ بمتاعه إذا وَجَده بعَيْنِه » [(3)] .

وقال أبو حنيفة : لا يثبت الرجوع [(4)] .

وضَبْطُ المذهب [(5)] : أن يقدر استيفاء كمال العِوَضِ الحالِّ المستحقِّ في معاوضة محضةٍ سابقةٍ على الحجر بسبب إفلاسِ المستحق عليه ، يثبت الرجوع على الفَوْرِ إلى عين المعوّض إذا كان قائمًا بحاله .

---

(١) في (أ) : « لما روي أنه - عليه السلام - قال » .

(٢) في (أ) : « فصاحبه » .

(٣) أخرجه البخاري : (٧٦/٥) (٤٣) كتاب الاستقراض (١٤) باب إذا وجد ماله عند مفلس... (٢٤٠٢) ، ومسلم : (١١٩٣/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٥) باب من أدرك ما باعه عند المشترى وقد أفلس فله الرجوع فيه (١٥٥٩) ، وأبو داود : (٢٨٤/٣ ، ٢٨٥) كتاب البيوع - باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده (٣٥١٩ ، ٣٥٢٠) ، والترمذي : (٥٦٢/٣ ، ٥٦٣) (١٢) كتاب البيوع (٣٦) باب ما جاء إذا أفلس للرجل غريم فيجد عنده متاعه (١٢٦٢) ، والنسائي : (٣١١/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٩٥) باب الرجل يبتاع البيع فيفلس ويوجد المتاع بعينه (٤٦٧٦) ، وابن ماجه : (٧٩٠/٢) (١٣) كتاب الأحكام (٢٦) باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس (٢٣٥٨ ، ٢٣٥٩ ، ٢٣٦٠) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣٨/٣) حديث رقم : (١٢٣٥) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه من اشترى متاعاً ولم يُوَفِّ ثمنَه ثم أفلس والمتاعُ قائمٌ عنده ، فصاحبه أحق به من غيره من سائر الغرماء .

ومذهب الحنفية : أن الغرماءَ في ذلك أسوةٌ ، وليس بائعُ المتاع أحقَّ به منهم .

انظر : الأم : (١٨٢/٣) ، روضة الطالبين : (١٤٧/٤) ، المجموع : (٤٢٩/١٢) ، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: (٢٠٣/١) ، مختصر الطحاوي : (٩٥) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢٥/٢) .

(٥) في (أ) : « لما فيه » .

والضبط مقيدٌ بقيود لابد من بيانها :

القيد الأول : التعذر : وهو مؤثر ، فإنه لو قَدَر على استيفاءِ كمالِ الثمن بعد الإفلاس ؛ لتجدُّدِ مالٍ ، أو لكون المالِ مساويًا للديون : فلا رجوع له .

ولو قال الغرماء : خُذْ تمامَ الثمن [بعد الإفلاس] (١) فنحن نُقَدِّمك به : ثَبَتَ (٢) الرجوع ؛ لأنه ربما لا يتقلَّدُ منهم (٣) ، ويحذر ظهور غريم آخر لا يرضى به ، فالتعذر حاصل .

أما الحالُّ : فقد احترزنا به عن المؤجَّلِ ، فلا رجوع به ؛ إذ (٤) الرجوعُ ينبني على تعذُّرِ الثمن ، والتعذُّرُ ينبني على توجُّه الطلب ، ولم يتوجَّه الطلبُ .

ومنهم من قال : يُثْبت الفسخَ ، ولكن يقرر (٥) المبيع ويتوقف إلى أن يَحُلَّ الأجَلُ فيُسَلَّم إليه ، ولا يفتقر إلى استئناف حَجْرٍ بسببه .

وفيه وجه آخر : أن الدينَ يَحُلُّ بالفَلَسِ كما [يحل] (٦) بالموت والجنونِ ، فهو (٧) كالديون الحالَّة (٧) ، وهو بعيدٌ .

ثم إذا قلنا : لا فَسْخَ ، فلو صَرَفَ المبيعَ إلى حقوق الغرماء : فلا كلامَ . وإن حلَّ الأجَلُ قبل أن يتفق الصَّرْفُ إليهم : ففي ثبوت [خيار] (٨) الفسخ الآن وجهان ، والأصح : / ثبوتُه ، كما لو حلَّ قبل الحجر . ٨٨/أ

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « يثبت » .
(٣) في (أ) : « مِنَّتهم » .
(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .
(٥) كلمة : « يقرر » غير واضحة في (أ) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « كالدين الحالّ » .
(٨) زيادة من (ب) .

وفي الفسخ [بعد الحجر] [١] إذا حلَّ [الدينُ] [٢] قبل الحجر ، وجهٌ ضعيفٌ : أنه لا يثبت ، من حيث إن البيعَ لم يَقْتَضِ حبْسَ المبيع إذا كان الثمنُ مؤجلًا في العقد .

أما قولنا : المستحق في معاوضة محضة ، احترزنا به عن النكاح والخُلْع ، والصُّلْح [عن الدم] [٣] ، فإن تَعَذُّرَ العِوَضِ فيه لا يُوجِبُ الفسخَ وُجُوبَنَا [٤] به الإجارةَ والسَّلَمَ .

فإذا تعذَّرَ المُسْلَمُ فيه بإفلاسِ المُسْلَمِ إليه رجع المُسْلِمُ إلى رأس المال إن كان باقيًا [بعينه] [٥] ، وإلا ضَارَبَ بقيمة المسلم فيه ، فما يُسَلِمُ [٦] له بالقسمة يشتري به جنسَ حقِّه ويُسْلَمُ إليه إذ الاعتياضُ [٧ غير ممكنٍ عنه ٧] .

فلو سَلَّم إليه [٨] مائةَ درهم ، [٩ فصار يُوجد المسلم فيه بكماله ٩] بعشرة لانخفاض الأسعار : فعلى وجه : يُشترى له بالعشرة كمالُ حقِّه ، والباقي يُسترد .

وعلى وجه : لا يُسلَّم له كمالُ حقه ، كما لم يُسلَّم للباقين ، فيقدر كأن القيمةَ كانت كذلك [في] [١٠] حالِ القسمة ، فما يفضل منه يُرَدُّ إلى الباقين ، وهو القياس .

وفي الإجارة إذا أفلس المكتري [١١] بالأجرة ، فمصادفة المكري عينَ الدار أو [١٢] الدابة المكراة كمصادفته عينَ مِلْكه ؛ فيفسخ العقدُ فيه ؛ لأن محلَّ المنفعة قائمٌ مقامَ المنفعة .

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .
(٢) زيادة من (ب) .
(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .
(٤) قوله : « وجوبنا » غير واضح في (أ) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « سلم » .
(٧) في (ب) : « عنه غير ممكن » .
(٨) في (أ) : « له » .
(٩) في (أ) : « فصار المسلمُ فيه بكماله يوجد » .
(١٠) زيادة من (أ) .
(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .
(١٢) في (أ) : « و » .

وفيه وجه : أن المنفعةَ ليس [1] عينًا حتى يقال : وجد عين متاعه ، وهو ضعيف .

ثم إن [2] كان مكترِي [3] الدابةِ في أثناء الطريق حيث أفْلَسَ فلا يضيعه [4] ، بل ينقله إلى مأمنٍ بأجرة المثلِ ، ويقدم بها على الغرماء ، ولا يلزمه النقلُ إلى مقصده .

وكذلك لو كان أرضًا فزرعها فليس له قلْعُ [5] زرعِه ، بل يبقى الزرعُ بأجرةِ المثلِ ، ويُقدم بها على الغرماء ؛ لأن فيه مصلحةَ مالِ الغرماء وهو الزرع ، [6] وليس هو [6] كما لو باع الأرضَ ورجع فيها بعد زراعة المشتري ، فإنه يلزمه تبقيةُ الزرع بغير أجرة ؛ لأن المنفعةَ غيرُ مقصودة في البيع ، بخلاف الإجارة .

وفيه أيضًا وجه منقول عن ابن سريج : أنه يُطالب بالأجرة ، كما لو بقي الغراس والبناء .

أما إذا أفلس المكري والإجارةُ واردةٌ على عين الدابة أو الدار : فالمكرى يستوفي المنفعةَ فإن حقَّه تعلَّقَ بالعين . فيتقدم [7] به ولا [8] يتراخى عن المرتهن ، ثم يُباع في حق الغرماء في الحال إذا قُلنا : الإجارةُ لا تمنع [9] البيعَ ، وإن قُلنا : تمنع ، فيؤخَّر بيعهُ كما يُؤخَّر بيعُ المرهون .

أما إذا أورد [10] الإجارةَ في الدواب على الذمة : فليس له [11] إلا الرجوعُ إلى الأجرة إن قام [12] بعينها ، أو المضاربةَ بقيمة المنفعة ، فإن كانت المنفعةُ لا تتجزَّأ كالقِصَارة في ثوبٍ واحد ، وكالحَمْل إلى بلد يؤدِّي تقطيعُه إلى أن يبقى في الطريق

---

(1) في (أ) : « ليست » .
(2) في (أ) : « إذا » .
(3) في (أ) : « مكري » .
(4) في (أ) : « يضعه » .
(5) في (أ) : « قطع » .
(6) في (أ) : « فليس » .
(7) في (أ) : « فتقدم » .
(8) في (أ) : « فلا » .
(9) في الأصل ونسخة (ب) : « يمنع » ، والمثبت من (أ) .
(10) في (أ) : « وردت » .
(11) قوله : « له » ليس في (أ) .
(12) في (أ) : « كانت قائمة » .

ضائعًا ، فله الفسخُ بهذا العذر ، ليضارِبَ بالأجرة .

أما قولنا : سابقة على الحجر : احترزنا به عما يجري سببُ لزومه بعد الحجر ، كما إذا باع من المفلس المحجورِ [عليه] [١] ؛ في أنه هل يتعلَّقُ بعين متاعه ؟ وقد ذكرنا ذلك .

وكذلك لو [٢] أفلس المكرِي والدارُ في يد المكتري فانهدمت : ثبت له الرجوعُ إلى الأجرة ، وهل يُزاحِمُ به الغرماءَ ؟ فيه وجهان :

منهم من قال : لا ؛ فإنه دينٌ [٣] جديد .

ومنهم من قال : بلى [٤] ؛ لأنه سببُه سابقٌ ، وهو الإجارة .

وكذلك لو باع جاريةً بعَبْدٍ (٥ فتَلِفَت الجاريةُ في يد المفلس المحجور فَرَدَّ بائعُها العبدَ بعَيْبٍ ٥) ، فله طلبُ قيمةِ الجارية قطعًا ؛ لأنه أدخل في مقابلتها عَبْدًا في يد الغرماء ، ولكن هل يتقدَّم بالقيمة ، أم يُضارِبُ بها ؟ ذكر القاضي وجهين ، والأصح : المضاربة .

أما قولنا : بسبب إفلاسِ المستحق عليه : احترزنا به [٦] عن الامتناعِ مع القدرة ، فذاك لا يُثْبِتُ الرجوعَ ؛ لأن السلطانَ قادرٌ على استيفائه ، فليس التعذُّرُ مُحقَّقًا .

وفيه وجه آخر [٧] : أنه يثبت ، ولو كان بانقطاعِ جنس الثمن ، فإن جَوَّزْنَا الاعتياضَ عنه فلا تعذُّرَ [٨] ، وإن منعنا فيثبت الرجوعُ ؛ لأنه تعذُّرٌ مُحقَّقٌ ، فكان في معنى الإفلاس ، وهو كانقطاع المُسَلَّم فيه ؛ فإنه يثبت الرجوعَ إلى رأس المال .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (ب) : « إذا » .
(٣) كلمة : « دين » ليست في (ب) .
(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (١٥٤/٤ ، ١٥٥) .
(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .
(٦) كلمة : « به » ليست في (أ) .
(٧) كلمة : « آخر » ليست في (أ) .
(٨) في (أ) : « يعذر » .

أما قولنا : [إنه] [١] يثبت الرجوعَ على الفور : احترزنا فيه عن التأخير ، وفيه وجهان [٢] :

أحدهما : أنه يَبْطُلُ به [٣] كالردِّ بالعيب ، فإنه [٤] لدفع ضِرَار [٤] .

والثاني [٥] : أنه على التراخي ؛ لأنه نتيجةُ تَوَجُّهِ الطلب بالثمن ، فما دام الطلبُ قائمًا كان الرجوعُ ثابتًا ، كمطالبة المرأة في الإيلاء بالطلاق .

أما قولنا : إذا كان قائمًا : احترزنا به عن الهالِك والخارج عن ملكه ، فإن تعذر الرجوع فيه فلا يبقى إلا المضاربةُ بالثمن ؛ لأنه لا فائدةَ في الفسخ ، إذ لو أمكن تقديمُه بالقيمة لقُدِّم بالثمن ، وإذا لم يكن بُدٌّ من المضاربة فالثمنُ أولى ما يُضارب به .

وفيه وجه [آخر] [٦] : أنه إذا كانت القيمةُ زائدةً على الثمن فله الفسخُ ليُضارِبَ بها ، أما إذا زال الملكُ ثم عاد فهو مبنيٌّ على القولين في أنه كالذي لم يَزُلْ ، أو كالذي لم يعد .

وإذا تعلق بالمبيع حقٌّ لازمٌ ، كالرهن والكتابة فهو كفوات العين ، ولكن لو كان فزال [٧] فلا أثرَ لما مضى ، فهو في الحال واجدٌ عينَ ماله .

أما قولنا : بحالِه : احترزنا به عن تغيُّر المبيع ، وهو منقسم إلى : التغير بالنقصان ، وإلى التغير بالزيادة .

أما النقصان فينقسم إلى : نقصانِ صفةٍ ، ونقصان عين .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) قال في الروضة : « والأصح : أن هذا الخيار على الفور ، كخيار العيب والخلف . فإن علم فلم يفسخ بطل حقُّه من الرجوع في العين . وفي وجه : يدوم كخيار الهبة للولد . وفي وجه : يدوم ثلاثة أيام » . انظر : روضة الطالبين : (١٤٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٥٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٦/٤) .

(٣) قوله : « به » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « يدفع به ضررًا » .

(٥) في (أ) : « فالثاني » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « وزال » .

أما نقصان الصفة : إن حصل بآفةٍ سماوية ، فالبائعُ إما أن يَقْنَعَ بعيبه ، أو يُضَارِبَ / ٨٨/ب [مع الغرماء] [١] بالثمن ، كما لو تعيَّب المبيعُ في يد البائع قبل القبض .

وإن تعيَّب بجنايةِ أجنبيٍّ فيرجع إلى الباقي فيضاربُ [٢] بقِسْطِه من الثمن ، ولا يُطالِبُ بالأرْش ؛ إذ ربما يكون الأرشُ مثلَ القيمة بأن يكون الجاني قد قَطَع يدَيْه فغَرِمَ كمالَ قيمته ، وذلك يُعْتبر في حق المشتري دون البائع .

وإن كان بجنايةِ المشتري فطريقان : منهم من قال : جنايتُه كجناية الأجنبيِّ . ومنهم من قال : بل كالآفة السماوية [٣] .

أما النقصانُ بفوات البعض ، كما لو تَلِفَ أحدُ العبدين ⁽⁴ وقيمتُهما على التساوي : فالنص أنه ⁴⁾ يَرْجع إلى الباقي ويُضارب بثمن التالف [٥] .

وقيل : إنه إن أرادَ الرجوعَ فليأخذ [٦] الباقيَ بكلِّ الثمن ؛ احترازًا عن تفريق الصفقة .

ولو باع عبدَيْن بمائةٍ وقبض خمسين ، وتَلِفَ أحدُ العبدين وقيمتهما على التساوي :

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فيضرب » ، والمثبت من (أ) .

(٣) وهذا الطريق هو المذهب ، وبه قطع جماعات ، كما في الروضة : (١٥٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٤/٤) .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) انظر : روضة الطالبين : (١٥٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٠/٢ ، ١٦١) ، نهاية المحتاج : (٤/ ٣٤٤) .

(٦) في (أ) : « فله أخذ » .

فالنص أنه يرجع إلى الباقي ، ويحصر [(١)] المقبوض في التالف [(٢)] .

وفيه قول مُخَرَّج [(٣)] : أنَّا نَشِيعُ فنقول : يرجع إلى نصف العبد الباقي ، ويضارب بنصف ثمن التالف ، وما قَبَضَ مُوَزَّع عليهما جميعًا .

فرع :

اشترى [بعشرة دراهم [(٤)] عشرة أرطالٍ زيتًا وأغلاه حتى عاد إلى ثمانية أرطالٍ ، ورجعت القيمةُ إلى سبعة دراهم : فهو نقصانُ صفةٍ ؛ لزوال الثقل [(٥)] ، أو نقصان عينٍ ؛ لفوات بعض المعقود عليه ؟ فيه وجهان [(٦)] .

أما التغيُّر بالزيادة : فالزيادة تنقسم إلى ما حصلت [(٧)] من عينه ، وإلى ما اتصل به من خارج .

أما الحاصل من عينه : فما هو متصلٌ من كل وجه ، كالسِّمَن وكِبَرِ الشجرة : فلا حكم لها ، ويُسَلَّمُ ذلك مجانًا للبائع ، ولا أثَرَ للزيادة المتصلة إلا في الصداق .

والمنفصلةُ من كلِّ وجه : كالولد المنفصل ، و [(٨)] الثمرةُ المنفصلة لا أثرَ لها أيضًا ، بل تسلم للمشتري ويرجع البائعُ إلى الأصل .

وفي البَذْرِ إذا زرعه المشتري حتى نَبَتَ ، والبيضِ إذا تَفرَّخ في يده ، والعصيرِ إذا

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « يحضر » ، والمثبت من (أ) .

(٢) انظر : الأم : (١٧٩/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٠/٢ ، ٢٢١) ، الحاوي الكبير : (٢٩٤/٦ ، ٢٩٥) ، روضة الطالبين : (١٥٧/٤) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (١٥٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٦١/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٤/٤) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « النقل » .

(٦) قال في الروضة : « لو أغلى الزيتَ المبيعَ حتى ذهب بعضُه ، ثم أفلس فالمذهب وبه قطع الجمهور : أنه كتلف بعض المبيع ، كما لو انْصب ، فعلى هذا إن ذهب نصفه أخذ الباقيَ بنصف الثمن وضارب بنصفه . وإن ذهب ثلثه أخذ بثلثيه وضارب بثلث الثمن . وقيل : وجهان : أصحهما : هذا . والثاني : أنه كتعيُّب المبيع ، فيرجع فيما بقي إن شاء ، ويضع » . انظر : روضة الطالبين : (١٥٨/٤) .

(٧) في (أ) : « حصل » .

(٨) في (أ) : « أو » .

انقلب خمرًا ، ثم [انقلب] [١] خلًّا : خلافٌ [٢] أنه يُجْعَل كزيادةٍ عينيةٍ كما في الغصب ، أم يُجْعَلُ موجودًا متجددًا ويُقال : المبيعُ قد عَدِمَ ، وهذا غيْرُه ؟

أما الزيادةُ المتصلة من وجه دون وجه : فهو الحمل ، فإن [٣] كان مُجْتَنًّا عند البيع والرجوعِ : التحقَ بالثّمَن ، وإن كان مجتنًّا حالةَ البيع منفصلًا حالةَ الرجوع ، فقولان :

أحدهما : أنه يسلم للمشتري ؛ لأنها زيادةٌ حدثت بالانفصال ، ولا حكمَ لوجوده قبله .

والثاني [٤] : أن الحملَ كان موجودًا ، وإنما الانفصالُ نُمُوٌّ وتغيُّر حال ، وإن كان حائلًا عند البيع وحاملًا عند الرجوع ، فالظاهر [٥] : أن الحملَ يتبع في الرجوع ، كما في البيع .

وفيه وجه : أنه يبقى على ملك المشتري ؛ لأنه زيادةٌ حادثةٌ على ملكه ، والثمرةُ ما دامت غيرَ مؤبَّرةٍ فهي ⁽⁶ كالحمل المجتنّ ⁶⁾ ، ولكن الثمرة أولى بأن يعطى لها حكمُ الاستقلال .

فروع أربعة :

الأول : إذا كان الولدُ منفصلًا ، ففي رجوعه [٧] في الأم دون الولد تفريقٌ بينهما ، ففيه [٨] وجهان :

أحدهما : أنه مخيَّر [٩] بين المضاربة بالثمن أو أن يَبْذُلَ قيمةَ الولد ؛ ليَرْجِعَ في عين الأم ، فإن لم يَبْذُلْ فهو كالفاقد عينَ ماله ؛ إذ [١٠] تعلَّقَ به حقٌّ لازمٌ للولد ليس يمكنه قطعُه عنه .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) الأصح عند العراقيين وصاحب « التهذيب » : الرجوع فيه ؛ لأنه حدث في عين ماله ، أو هو عين ماله اكتسب صفة أخرى ، فأشبه الوَدِيَّ إذا صار نخلًا . انظر : روضة الطالبين : (١٦٠/٤) .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر كما في الروضة : (١٦٠/٤) .

(٥) ذكر في الروضة : أنه الأظهر وليس الظاهر . انظر : روضة الطالبين : (١٦٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٦/٤) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « الحمل المجتر » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « الرجوع » .

(٨) في (أ) : « وفيه » .

(٩) في (أ) : « يخير » .

(١٠) في (أ) : « إذا » .

والثاني : أنه لا يُجْعَلُ به فاقدًا ، بل تُباع الأمُّ والولدُ ويُخصَّص بقيمة الأم .

الثاني : إذا قال البائع : رجعت في الأشجار المبيعة قبل التأبِيرِ فرَجْعُ [1] الثمارِ إليّ وكذَّبه المفلسُ ، فالقولُ قوله ؛ إذ الأصلُ استمرارُ ملك المفلس ، فإن صدَّقه الغرماءُ لم يُقْبَلْ قولُهم على المفلس ، وللمفلس أن يأخُذَ الثمارَ ويُجْبِرَهم على القبول من جهة دينه . فإن أبَوْا وزعموا أنه حرامٌ لم يُمكَّنوا منه [2] ، بل عليهم القبولُ أو الإبراء . ثم إن قَبِلُوا فللبائع الاستردادُ منهم ؛ مؤاخذةً لهم بقولهم ، وكذا السيدُ إذا حمل إليه [3] [العبدُ] [4] النجومَ في الكتابة ، فقال : هو مغصوبٌ ؛ لأن قولَه لا يُقْبَلُ على المكاتب .

فلو قالوا : أخذنا حقوقَنا ، فله الإجبارُ ؛ ليُعَجِّلَ فَكَّ الحجر عن نفسه ، فله فيه غرَض .

فإن قالوا : فكَكْنَا الحَجْرَ ، وقلنا : إنه يَنْفَكُّ بفكِّهم ، فينبني على أن مستحقَّ الدين هل يُجْبَرُ على القبول ؟

ولو صدّقه البعضُ وكذَّبه البعضُ ، فتُصْرَف الثمرةُ إلى من صدَّق المفلسَ ؛ كيلا يؤدِّيَ إلى الضَّرَر ، فإن هذا ممكنٌ .

فلو كان للمصدِّق ألفٌ وقد أخذ الثمرةَ بخمسمائة ، وللمكذِّب أيضًا ألفٌ و[قد] [5] بقي من المال خمسمائة ، فالصحيح : أنه يُقَسَّم بينهما أثلاثًا .

وفيه وجه : أن المصدِّقَ يقول : ما أخذْتَه فهو حرامٌ بزَعْمِك عليَّ ، فألفي باقٍ كمالُه [6] بزعمك فأُسَاويك ، وهو ضعيف .

الثالث : إذا بقي الثمار للمشتري ، فليس للبائع مَنْعُه من الإبقاءِ إلى أوان الجِذَاذ ، فكذا [7] لا يُقْلَعُ زَرْعُه ، فلو [8] قال المفلس : أَقْلِعُه لأَقْضِيَ ديني بما يشترى به وأفكُّ [9] الحجرَ عن نفسي ، فله ذلك ؛ لأنه غرَضٌ صحيح ، وإن كان [10] الحجرُ لا ينفك [10] فهو ممنوعٌ ؛ لأنه إضاعةُ مالٍ من غير فائدة .

---

(١) في (أ) : « فترجع » .
(٢) قوله : « منه » ليس في (أ) .
(٣) قوله : « إليه » ليس في (أ) .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (أ) : « بكماله » .
(٧) في (أ) : « وكذا » .
(٨) في (أ) : « ولو » .
(٩) في (أ) : « فأفك » .
(١٠) في (أ) : « لا ينفك الحجر » .

الرابع : أنه إذا كان الرجوعُ يقتضي عَوْدَ الثمار إليه ، ولكن كانت الثمارُ قد تَلِفَتْ فيرجع بحِصَّةِ الثمار من الثمن مضاربةً ، ويرجع في عين الشجرة ، وتعرف حصتُه بالتوزيع على القيمة ، ويُعتبر في الثمرة أقلُّ القيمة في [(١)] يوم العقد إلى القبض ؛ تقليلًا للواجب عليه ، [(٢)] فإنه إن كان [٢)] يوم العقد [(٣)] أقلَّ فلم [(٤)] يدخل ما تناوله العقدُ في ضمانه ، وإن كان أكثرَ فهو زيادةٌ على ملكه .

وفي الشجرة [(٥)] وجهان : أحدهما : أنه [٥)] يُعتبر أكثرُ القيمتين / من العقد إلى القبض ؛ لأن فيه أيضًا تقليلَ الواجب على المشتري ، وعليه ما سبق [(٦)] . ٨٩/أ

والثاني [(٧)] - ذكره القاضي - : أنه يُعتبر الأقلُّ ؛ لأنه إن كان قيمةُ [(٨)] يوم العقد أقلَّ ، فما زاد بعده عاد إليه بعود الشجرة ، فهي زيادةٌ متصلة تُسَلَّم [(٩)] له [(١٠)] مجانًا ، فلا يحتسب عليه [(١١)] ، وللزيادة المتصلةِ مراتبُ إن تلفت لا يطلب البائعُ قيمتَها ، وإن بقيت فاز بها البائعُ مجانًا ، ولا يُطالَبُ بقيمته [(١٢)] ، وإن كان بتقدير [قيمته] [(١٣)] تختلف قيمةُ غيره ، فهل يحتسب عليه ؟ فيه هذا الخلاف .

أما الزيادةُ المتصلة بالمبيع من خارج فثلاثة أقسام : عينٌ محضٌ ، وأثرٌ محضٌ ، وما هو عين من وجه ووصف من وجه .

---

(١) في (أ) : « من » . (٢) في (أ) : « فإن كان » .

(٣) في (أ) : « القبض » ، وفي نسخة أخرى : « القبض » ، كذا على هامش الأصل .

(٤) في (أ) : « ولم » . (٥) ما بين القوسين ليس في (ب) .

(٦) قال في الروضة : « وأما الشجرة ، ففيها وجهان : أحدهما : يُعتبر أكثر القيمتين ؛ لأن المبيعَ بين العقد والقبض من ضمان البائع ، فنقصه عليه ، وزيادته للمشتري ، فيأخذ بالأكثر ؛ ليكون النقصُ محسوبًا عليه ، كما أن في الثمرة الباقية على المشتري يُعتبر الأقل ؛ ليكون النقص محسوبًا عليه . والثاني : يُعتبر يومُ العقد قَلَّ أم كثر ؛ لأن ما زاد بعده فهو من الزيادات المتصلة ، وعين الأشجار باقية ، فيفوز بها البائع ، ولا يحسب عليه . وهذا الثاني هو المنقول في « التهذيب » و « التتمة » ، وبالأول جزم الصيدلاني وغيره ، وصححه الغزالي » . انظر روضة الطالبين : (١٦٦/٤) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « وفيه وجه ثانٍ » . (٨) في (أ) : « قيمته » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يُسلم » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) قوله : « له » ليس في (أ) . (١١) في (أ) : « ثم » .

(١٢) في (أ) : « بقيمتها » . (١٣) زيادة من (أ) .

أما العينُ المحض : هو أن يبني في الأرض أو يغرس فيها ، ففيه [1] ثلاثة أقوال :

أحدها : أن المتغيرَ به كالمفقود ؛ إذ يؤدِّي رجوعُه إلى الإضرار بالمشتري .

والثاني : أنه واجدٌ عينَ ماله ولكن لا يرجع فيه ، بل يُباع ويفوز بقيمة الأرضِ دون البناء والغراس .

والأصح [2] هو الثالث : أنه يرجع في عين الأرض ، ويتخيَّر في الغراس بين أن يتملك ببدل ، أو يَنْقُضُ ويَغْرَمُ الأرْشَ ، أو يبقى بأجرةٍ ورأيُه في التعيين متبعٌ .

هذا إذا كانت الزيادةُ قابلةً للتمييز ، فإن لم تَقْبَلْ ، كما لو خلط مكيلةَ زيتٍ بمكيلةٍ من عنده ، فإن كان ما عنده أردأ ، أو من جنسه : [3] فالبائعُ يرجع [3] إلى مَكِيلِه ويُقسَّم بينهما ، فإن نقص وَصْفُه فهو عيبٌ حصل بفعل المشتري .

وإن كان ما عنده أجودَ فقولان : أحدهما : الرجوع ، كالصورة الأولى .

والثاني [4] : هو فاقد ؛ لأن في رجوعه إضرارًا بالمشتري ، أو تناقضًا [5] في كيفية الرجوع .

ومن الأصحاب من طرد قولًا في منع الرجوع في الخلط بالجنس ، وهو خلاف النصِّ [6] .

---

(١) في (أ) : « فيه » .

(٢) قال في الروضة : « هذا الذي ذكرناه في هذا الضرب ، هو الذي قطع به الجماهير في الطرق كلها ، وهو الصواب المعتمد . وذكر إمام الحرمين في المسألة أربعة أقوال : أحدها : لا رجوع بحال . والثاني : تباع الأرض والبناء رفقًا بالناس . والثالث : يرجع في الأرض ويتخيَّر بين ثلاث خصال : تملك البناء والغراس بالقيمة ، وقلعهما مع التزام أرش النقص ، وإبقاؤهما بأجرة المثل ، يأخذها من ملكهما . وإذا عين خصلة ، فاختار الغرماء والمفلس غيرها ، أو امتنعوا من الكل ، فوجهان في أنه يرجع إلى الأرض ، ويقلع مجانًا ، أو يُجبرون على ما عينه ؟ والرابع : إن كانت قيمة البناء أكثرَ ، فالبائع فاقدٌ عينَ ماله . وإن كانت قيمة الأرض أكثر ، فواجدٌ . هذا نقل الإمام ، وتابعه الغزالي وأصحابه على الأقوال الثلاثة الأُوَل ، وهذا النقل شاذ منكر لا يعرف ، وليت شعري من أين أُخِذت هذه الأقوال ؟ ! » انظر : روضة الطالبين : (١٦٨/٤) .

(٣) في (أ) : « فليرجع » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (١٦٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٩/٤) .

(٥) في (أ) : « تناقض » .

(٦) انظر : الأم : (١٨٠/٣) ، مختصر المزني : (٢٢١/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٩٩/٦ ، ٣٠٠) ، روضة الطالبين : (١٦٩/٤) .

فإن قلنا : يرجع ، فقولان [1] :

أحدهما : [أنه] [2] يُباع الجميعُ ويُوزَّع عليهما على نسبة قيمةِ ملكَيْهما .

والثاني : أنه يقسَّم الزيتَ بنفسه على نسبة القيمة ، حتى أنه لو كان مكيلةُ البائع تساوي درهمًا ، ومكيلةُ المشتري [تساوي] [3] درهمين فللمشتري مكيلةٌ وثلث ، وللبائع ثلثا مكيلة ، وهذا فيه محظورٌ من باب الربا ، وفي البيع اعترافٌ بالعجز عن الرجوع عن [4] العين .

وطرد ابن سريج القولين في تفصيل الرجوع في الخلط بالأردأ .

وكان الشافعي – رضي الله عنه – [5] يميل إلى صيانة جانب المشتري ولا يُبالي بنقصانٍ في جانب البائع . وابن سريج يسوِّي بينهما .

وإن خلط الزيتَ بالشَّيْرَج ، فالصحيح : أنه فاقدٌ عينَ ملكه [6] ؛ لأنه انقلب الجنسُ به .

القسم الثاني [7] : ما هو وصف من وجه وعين من وجه : كما لو صَبَغ الثوبَ بصِبْغٍ من عنده ، فإن لم يَزِدْ في قيمة الثوب فإن البائعَ يرجع بالثوب ، وإن زادت القيمةُ فهو شريكٌ بالقَدْر الذي زاد ، فإن [8 كان قيمةُ الصِّبْغِ درهمًا 8] وقيمةُ الثوب عشرةً ، فصار بالصبغ يساوي خمسة عشر : فللمشتري منه قدَرُ درهم ، وللبائع [منه] [9] قدرُ عشرةٍ ، والأربعةُ حصلت بالصنعة على الثوب لا على الصبغ ؛ لأن الصبغَ تَبَعٌ [10] ،

---

(١) قال في الروضة : « وإن كان المخلوطُ به أجودَ ، فأقوالٌ : أظهرها : ليس له الرجوع ، بل يضارب بالثمن . والثاني : يرجع ويباعان ، ثم يُوزَّع الثمنُ على نسبة القيمة . والثالث : يُوزَّع نفسُ المخلوط بينهما باعتبار القيمة . فإذا كان المبيعُ يُساوي درهمًا ، والمخلوط به درهمين أخذ ثلثي صاع ، وهذا القول أضعفُهما ، وهو رواية البويطي والربيع » . انظر : روضة الطالبين : (١٦٩/٤) .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « إلى » .

(٥) انظر : الأم : (١٨٠/٣) ، مختصر المزني : (٢٢١/٢) ، الحاوي الكبير : (٢٩٩/٦) ، روضة الطالبين : (١٦٩/٤) .

(٦) في (أ) : « ماله » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الثالث » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « كان قيمة الصبغ درهمٌ » .

(٩) زيادة من (ب) . (١٠) في (أ) : « أثر » .

فينبني على أن الصنعةَ يُسْلَكُ بها مسلكَ الأثرِ أم العين ؟ كما سيأتي .

القسم الثالث [١] **: الأثر المحض** : كما لو طحن الحنطة ، وراضَ الدابةَ ، وقَصَرَ الثوبَ ، وعلَّم العبدَ حرفةً ، ففيه قولان :

أحدهما [٢] : أن له حكمَ العين ، كما في الصبغ وقد سبق حكمُه [٣] .

والثاني : أنه أثَرٌ لا قيمةَ له ، كما إذا صَدَر من الغاصب في المغصوب ، بخلاف الصبغ فإنه عينٌ ، والفرق ظاهرٌ من حيث إن عَمَلَ المشتري محترمٌ ، وقد [٤] حصَّل وصفًا [٤] يستأجر عليه ببذل المال فكان متقوَّمًا ، وفعْلُ الغاصب عدوانٌ لا يُتَقَوَّم ، بخلاف صِبغه .

فعلى هذا نجعل القِصَارةَ كالصبغ ، ويُوزَّع الثمنُ عند بيع الثوب عليهما باعتبار قيمتهما ، وإن [٥] تضاعفت القيمةُ فيضاعف [٦] حقُّ كلٍّ واحدٍ منهما [٧] . وإن ارتفع قيمة الثوب دون القصارة كان الزائد حق البائع دون المشتري .

فرع : لو استأجر أجيرًا للقَصَارةِ وأفلس قبل أداء الأجرة والثوبُ باقٍ : فإن قلنا : [إن] [٨] القَصَارةَ أثرٌ فليس للأجير إلا المضاربةُ ، وإن قلنا : إنه عينٌ ، فله حقُّ حبس الثوب .

فإن [٩] كان قيمةُ الثوب عشرةً ، وقيمة القصارة خمسة ، والأجرةُ درهمٌ [١٠] فيختص البائعُ بعشرةٍ والأجيرُ بدرهم ، ويُصْرَف أربعةٌ إلى [سائر] [١١] الغرماء .

---

(١) في الأصل : « الرابع » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٢) وهذا القول : هو الأظهر كما في الروضة : (١٧٠/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٩/٤) .

(٣) قوله : « حكمه » ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « حصَل وصفٌ » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « فيتضاعف » .

(٧) قوله : « منهما » ليس في (أ) .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « وإن » .

(١٠) في (أ) : « درهمًا » ، وذلك على تقدير « كان » محذوفة .

(١١) زيادة من (ب) .

ولو كانت الأجرةُ خمسةً ، وقيمةُ القصارة درهمًا : فإن البائعَ يختص بعشرة ، وصُرِفَ [١] الدرهمُ الزائدُ إلى الأجير ، وله المضاربةُ بالأربعة الباقية ، هكذا نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - [٢] ، ولم يحكم بأن الأجيرَ وجد عينَ متاعهِ ، وهو القصارة ، فيفسخ ويقنع بها ، زادت القيمةُ أو نقصت .

ومن الأصحاب من قضى بذلك طَرْدًا لقياسٍ [٣] تنزيله منزلةَ العين [من كل وجه] [٤] ، وهو [٥] خلافُ النصِّ فإنه لا يمكن إلحاقُه بالعين من كل [٦] وجه ، ولكن لم يرَ الشافعيُّ - رضي الله عنه - تعطيلَ حقِّ المشتري ، ولمحصله أيضًا حقُّ حبسٍ ووثيقةٍ [٧] فيه وهو الأجيرُ . فأما أن نجعل عينَ سلعة حتى يفسخ العقد فيها فهو [٨] بعيد [٩] .

* * *

---

(١) في (أ) : « ويصرف » .

(٢) انظر : الأم : (١٨٠/٣ ، ١٨١) ، مختصر المزني : (٢٢١/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٠٣/٦) .

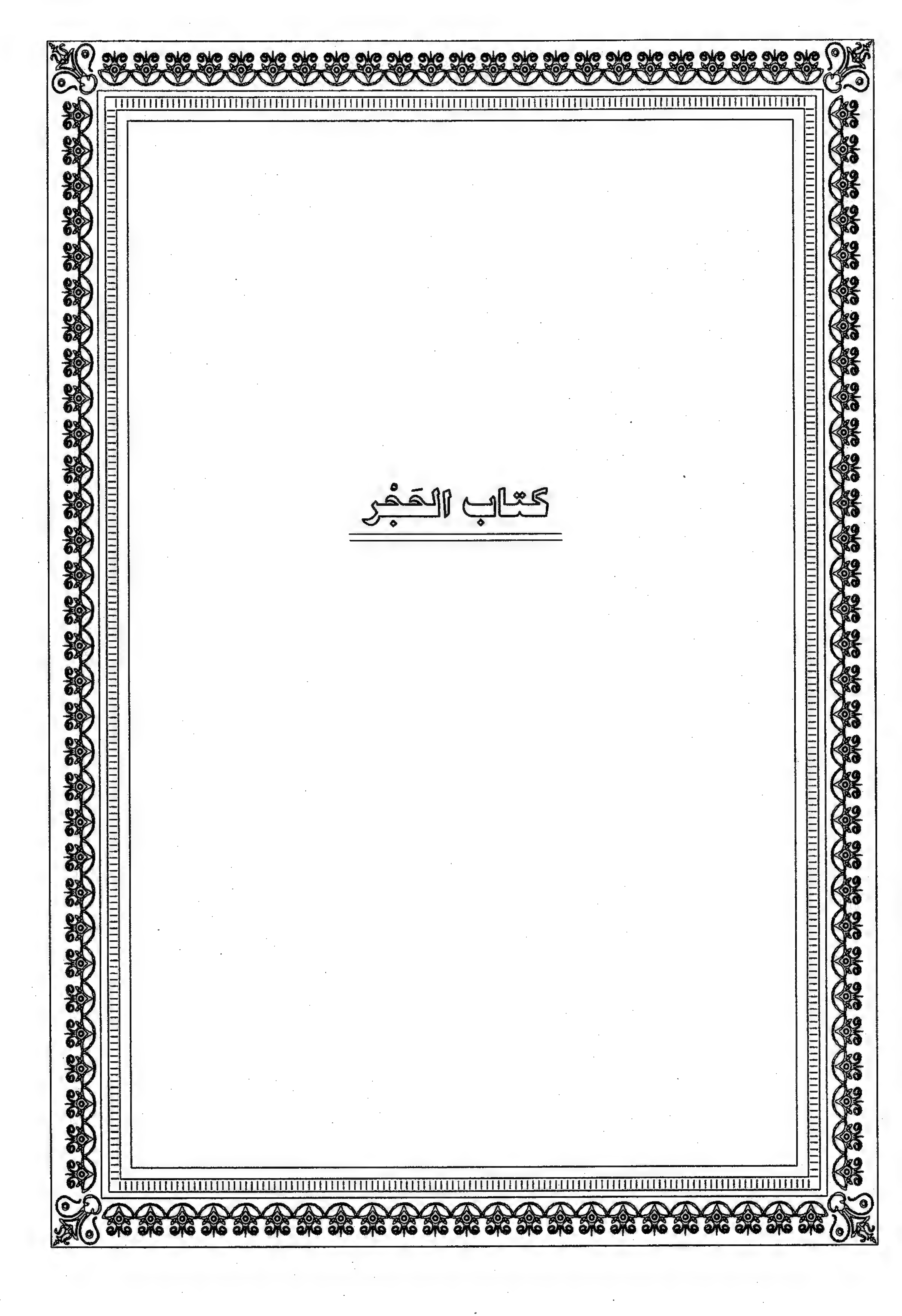
(٣) في (أ) : « للقياس » . (٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « وهذا » .

(٦) قوله : « إلحاقه بالعين من كل » مكرر في الأصل ونسخة (ب) .

(٧) في (أ) : « وثيقة » بدون الواو . (٨) في (أ) : « وهو » .

(٩) توجد حاشية في هامش (أ) غير واضحة ولكني قرأت منها : « أنكر بعض أصحابنا حجر النهي وهذا لا أصل له ، ووجه تصاريف أحوال العبد تنقسم ثلاثة أقسام لله . وإن أدّى المولى فيه فالولايات قسم يستفيده دون حق المولى كالولاية في النكاح المأذون فيه ، وقسم بدون إذن السيد وهو كابتداء ... على الأصح وغيرها .



كتاب الحَجْر



أسباب الحجر خمسة : الصِّبَى ، والجنون ، والرِّقُّ ، والفَلَسُ وقد ذكرناها [١] ، والتبذيرُ [٢] وهو عبارةٌ عن الفِسْقِ مع صَرْفِ المال إلى وجه ليس فيه غرضٌ صحيح / ٨٩/ب ديني أو دنيوي [٣] .

وأبو حنيفة [٤] - رحمه الله - خالَفَنا في هذا الحجر ، وفي [٥] حجر المفلس ، وفيه فصلان :

---

(١) توجد حاشية أخرى في (أ) هي : « إنما لم يلزم .... الصبي وصايا التكاليف لسببين : أحدهما : أن في مظنة الغباوة وضعف التعبد .... استقل بأعباء التكاليف . والثاني : دعوى عن البلية العظمى وهي الشهوة ثم ربط الشرع التزام التكاليف وتركب الشهوة .... وأما تركه الشهوة فإنه يعرض للبلايا العظام ، فرأي الشرع سبب التكاليف معه .

(٢) قال الحموي : في أول كتاب الحجر . قال : (والتبذير عبارة عن الفسق مع صرف المال إلى وجه ليس فيه غرضٌ ديني ودنياوي) .

أقول : قوله : (التبذيرُ عبارة عن الفسق مع صرف المال) فيما ذكره وهمٌ فإنه لا يُشترط للتبذير الفسقُ بالاتفاق ، فإن من بذل مالَه في ملاذ الأطعمة والملابس التي لا تليق بحاله ، أو كان يشتري ما قيمتُه درهم بدينار لا لغرض أصلًا فهو مبذرٌ بالاتفاق وليس بفاسق بالاتفاق ، فأما إذا بذل ماله في شرب الخمر أو الزنا مثلًا فهو فاسقٌ لارتكابه المحرّم ، مبذرٌ بإضاعة ماله ، فليس الفسقُ مشروطًا في التبذير ولا داخلًا في حقيقته .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « ودنياوي » ، والمثبت من (أ) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز الحجر على السفيه ، كما يجوز الحجر على المفلس كما سبق في كتاب التفليس .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز الحجر لهذين السببين ، وهما : السفه والإفلاس ، وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز الحجر بسببَي السفه والإفلاس .

انظر : الحاوي الكبير : (٣٤٢/٦) ، الروضة : (١٧٧/٤) ، المجموع : (٣/١٣) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣١٩/٣ ، ٣٢٠) ، الاختيار لتعليل المختار : (٩٦/٢ ، ٩٧) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٨/٢ ، ٢٢) .

(٥) قوله : « في » ليس في (أ) .

الفصل الأول : في السبب

وهو يَتَّصلُ تارةً بالصبيِّ ، وتارةً يَطْرَأُ بعد البلوغ .

فإن اتَّصل بالصبيِّ بأن بلغ الصبيُّ غيرَ رشيدٍ ، اطَّرد حَجْرُ الصبي ، ويكفي لدوامِ الحجر أحدُ المعنيين ، وهو الفسقُ أو الإسرافُ في المال ؛ لأن كلَّ واحدٍ ينافي اسْمَ الرشد ، وقد قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا ﴾ (١) .

وإن طَرَأَ بعد أن بلغ رشيدًا فلابُدَّ من مجموعِ الأمرين (٢) ، (٣ فإن طرأ التبذيرُ بأن كان يصرف المالَ إلى مَلَذِّ الأطعمةِ على وجهٍ لا يليق به اقتضى الحَجْرَ ٣) .

ثم في عَوْدِ الحجر أو الحاجة إلى إعادة القاضي وجهان ، أظهرهما (٤) : الحاجة (٥إلى الإعادة ٥) ، فإنه يُدْرك بضرب من الاجتهاد .

ولو طرأ مجرد الفسق [أو مجرد التبذير ، بأن كان يصرف المال إلى ملاذ الأطعمة على وجه لا يليق به] (٦) : (٧ ففي اقتضائه الحجر وجهان .

والمذهب : أنه لا يقتضيه ٧) ، ....

---

(١) سورة (النساء) الآية : (٦) .

(٢) قال في الروضة « واعلم أن الغزالي صرح في « الوسيط » و « الوجيز » بأن عودَ التبذير وحده لا أثر له ، وإنما المؤثر في عود الحجر أو إعادته عود الفسق والتبذير جميعًا ، وليس كما قال ، بل الأصحاب متفقون على أن عود التبذير كافٍ في ذلك كما سبق . قلت : أما « الوجيز » فهو فيه كما نقله عنه ، وكذا في أكثر نسخ « الوسيط » . وفي بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب . وكذا وجد في أصل الغزالي ، وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (١٨٣/٤) .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٤) ذكر في الروضة أنه أصحهما ؛ لأنهما وجهان . انظر : روضة الطالبين : (١٨٢/٤) .

(٥) في (أ) : « للإعادة » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

بخلاف ما لو اتصل بالصبيِّ (١) ، لأن الحجرَ ثَمَّ (٢) مُسْتَيْقَنٌ (٣ فلا يُرْفَعُ إلا بيقينٍ ٣) ، ولا يُتيقَّنُ الرشدُ (٤ مع الفسق ٤) ، والإطلاقُ هاهنا مستيقن ، فلا يعاد الحجرُ إلا بيقين .

وليس من الإسراف أولًا (٥) صرفُ المال إلى وجوه الخيرات ، فلا سَرَفَ في الخير .

ثم وليُّ المُبَذِّر والمجنونِ أبوُه أو جَدُّه ، إن اتصل (٦ الجنونُ ٦) والتبذيرُ بالصبيِّ (٧) ، وإن عاد بعد زوالِ ولاية الوليِّ ، فوجهان (٨) :

أحدهما : أنه من (٩) كان في حالة الصِّغَر .

والثاني : أنه القاضي ؛ لأنه صارَ مستقلًّا بنفسه فلم يكن تبَعًا لأصْله .

ومهما عُرِفَ رشدُه قبل البلوغ ، فبلغ : انفكَّ الحجرُ بمجرد البلوغ .

وأسباب البلوغ أربعة :

الأول (١٠) **: السِّن** ، وهو خمسَ عشرةَ سنةً في الغلام والجارية .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (١٨٢/٤) ، المجموع : (٣٨/١٣) ، مغني المحتاج : (١٧٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٦٥/٤) .

(٢) في (أ) : « ثَمَّةَ » .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « مع واحد من الأمرين » .

(٥) كلمة : « أولًا » ليست في (أ) .

(٦) قوله : « الجنون و » ليس في (أ) .

(٧) كلمة : « بالصبي » مكررة في (أ) .

(٨) قال في الروضة : « وأما الذي يلي أمْرَ من حُجِر عليه للسفه الطارئ ، فهو القاضي إن قلنا : لابد من حجر القاضي . وإن قلنا : يصير محجورًا بنفس السفه فوجهان ، كالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجنونُ بعد البلوغ : أحدهما : الأب ، ثم الجد كحال الصغر ، وكما لو بلغ مجنونًا . والثاني : القاضي ؛ لأن ولاية الأب زالت فلا تعود . والأول : أصح في صورة الجنون ، والثاني : أصح في صورة السفه » . انظر : روضة الطالبين : (١٨٢/٤) .

(٩) في (أ) : « لمن » .

(١٠) في (أ) : « أحدها » .

وقال أبو حنيفة [١] : ثمانِ [٢] عشرة سنةً ، وفي روايةٍ اقتصر في الجارية على سبع عشرة [سنة] [٣] .

ومُعتمدنا ما روى الدارقطنيُّ [٤] أنه قال ﷺ [٤] : « إذا استكمل المولودُ خمسَ [٥] عشرةَ سنةً ، كُتِبَ ماله وما عليه ، وأقيمت عليه الحدودُ » [٦] .

الثاني : الاحتلام ، ويُصدَّقُ فيه الصبيُّ ؛ إذ لا [٧] يمكن [فيه] [٨] المعرفةُ إلا بقوله ، وفي احتلام الصَّبِيَّة وجهان ؛ لخفَاءِ خروجِ [٩] الماء منها [٩] في الغالب .

فقيل : أقيم الحيضُ مقامَ ذلك في حقها .

ثم قال الأصحاب : إذا احتلمت – وإن لم يُحْكَمْ ببلوغها – أمرناها بالاغتسال كما نأمُرُها [١٠] بالوضوءِ من الحدث ، وكما إذا احتلمت بعد البلوغ .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن من أسباب البلوغ السنَّ فيبلغ الذكرُ والأنثى باستكمال خمس عشرة سنةً قمرية . وهو مذهب أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة .

وقال أبو حنيفة : لا يبلغ الذكرُ في أقل من ثماني عشرة سنة ، ولا الجارية في أقل من سبع عشرة سنة .

انظر : الأم : (١٩١/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٣/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٤٢/٦) ، الروضة : (١٧٨/٤) ، المجموع : (١٩/١٣ – ٢١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٩٥/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢١/٢) .

(٢) في (أ) : « ثمانية » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « عنه – عليه السلام – أنه قال » .

(٥) في (أ) : « خمسة » وهو خطأ .

(٦) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير : (٤٢/٣) حديث رقم : (١٢٤١) . وقال : أخرجه البيهقي في الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف ولعله في الأفراد أو غيرها للدارقطني فإنه ليس في السنن مذكورًا ، وذكره البيهقي في السنن الكبرى عن قتادة عن أنس بلا إسناد وقال : إنه ضعيف .

(٧) في (أ) : « لم » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « المني عنها » .

(١٠) في (أ) : « أمرنا » .

الثالث : الحيض في حق النساء .

الرابع : نَبَاتُ [1] العَانَة في حقِّ صبيانِ الكُفَّار ؛ إذ أمَرَ - عليه السلام - بالكَشْفِ عن مؤتزَرِهم ، وكان يَقْتُلُ من أنبت منهم [2] .

وفي تعرُّفِ ذلك في صبيان المسلمين خلاف ، والأظهر [3] : أنه لا يُتَّبع ؛ إذ هي أمارةٌ تَعَلَّقْنا بها [4] للعجز عن معرفة سِنِّهم واحتلامِهم إلا بقولهم ، ثم لاشَكَّ أن بقولَ الوجهِ وإنباتَ الإبط أبلغُ في الدلالة .

وأما انفراقُ الأَرْنَبَة ، ونُهودُ الثَّدْيِ وبحوحةِ [5] الصوتِ : فلا تعويلَ عليه .

فرع : الخُنْثَى إذا احتلم بفَرْجِ الرجال ، أو حاضَ بفرجِ النساء : لم يُحْكَم ببلوغه ؛ للاحتمال ، فإن اجتمع الأمران فوجهان :

---

(١) في (أ) : « إنبات » .

(٢) انظر حكم سعد على بني قريظة بذلك وإقرار الرسول له في : البخاري : (١٩١/٦) (٥٦) كتاب الجهاد والسير (١٦٨) باب إذا نزل العدو على حكم رجل (٣٠٤٣) ، وأطرافه : (٣٨٠٤، ٤١٢١، ٦٢٦٢) ، ومسلم : (١٣٨٨/٣ ، ١٣٨٩) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (٢٢) باب جواز قتال من نقض العهد (١٧٦٨ ، ١٧٦٩) ، وأبو داود : (١٣٩/٤) كتاب الحدود باب في الغلام يصيب الحد (٤٤٠٤، ٤٤٠٥) ، والترمذي : (١٢٢/٤) (٢٢) كتاب السير (٢٩) باب ما جاء في النزول على الحكم (١٥٨٢ - ١٥٨٤) ، والنسائي : (٩٢/٨) (٤٦) كتاب قطع السارق (١٧) باب حد البلوغ وذكر السن الذي إذا بلغها الرجلُ والمرأة أقيم عليهما الحد (٤٩٨١) ، وابن ماجه : (٨٤٩/٢) (٢٠) كتاب الحدود (٤) باب من لا يجب عليه الحد (٢٥٤١) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٢٦٤/٨ ، ٢٦٥) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٢/٣) حديث رقم : (١٢٤٢ ، ١٢٤٣) .

(٣) قال في الروضة : « قلت : ويجوز النظرُ إلى منبت عانة متى احتجنا إلى معرفة بلوغه بها ؛ للضرورة ، هذا هو الصحيح . وقيل : تُمَسُّ من فوق حائل . وقيل : يلصق بها شمعٌ ونحوه ؛ ليعتبر بلصوقه به ، وكلاهما خطأ ؛ إذ يحتمل أنه حَلَقَه ، أو نبت شيءٌ يسير . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (١٧٩/٤) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « به » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « ثقل » .

أحدهما : لا ؛ لتعارض الأمر في العلامة ؛ إذ كلٌّ واحدٍ أسقط حكم الآخر .

والثاني : [أنه الأصحُّ] (١) أنه يُقْضَى ببلوغه (٢) ، ويبقى الإشكالُ في الذكورة والأنوثة ، وينقدح ظاهرًا (٣) أن يُحْكم (٤) بالبلوغ بأحدهما (٥) ، كما نحكم بالذكورة والأنوثة بأحدهما (٦) ؛ بناءً على ظن غالب ، ثم نَنْقُضُ ذلك الظنَّ إن ظَهَرَ نقيضُه .

* * *

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٧٩/٤) ، مغني المحتاج : (١٦٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٦٠/٤) .

(٣) بعد كلمة : « ظاهرًا » : توجد كلمة غير واضحة بهامش الأصل .

(٤) في (أ) : « نحكم » .

(٥) في (أ) : « بآحادهما » .

(٦) في (أ) : « بآحادهما » .

الفصل الثاني [1] : فيما يَنْفُذُ من التصرفات و[ما] [2] لا ينفذ

والضَبْطُ فيه : أن كلَّ ما كان لا يَدْخُلُ تحت حَجْرِ الوليِّ في حق الصبي ، كالطلاق ، والظِّهَار ، والخُلْع ، واستلحاق النسب ، والإقرار بما يُوجب القصاصَ أو الحدَّ مما لا يتعلَّق بالمال مقصودًا : فهو مستقل به لأنه مكلَّفٌ والمقتضي للحَجْرِ صيانةُ مالِه ، وذلك لا يقتضي الحجرَ في هذه التصرفات .

وما يتعلق بالمال يُنْظَرُ فيه ، فما هو [في] [3] مَظِنَّةِ الضرر : هو مسلوبُ الاستقلالِ فيه ، كالتبرعات ، والبيع ، والشراء ، والإقرار بالدين .

ولو عيَّن له الوليُّ تصرفًا ، أو وكَّله أجنبيٌّ [4] : ففي سَلْبِ عبارته خلافٌ ، والظاهر : صحةُ عبارته [5] ، كما في الطلاق وغيره .

وقيل : إنه مسلوبُ العبارة ؛ لأن الحجرَ قد اطَّرَدَ في المال فلم يُؤَثِّر البلوغُ فيه ، وكذلك في العبارة المتعلقة به .

ومنهم من قال : تصح عبارتُه في النكاح دون الأموال ، وعلى العبارة يُخَرَّجُ قبولُه الهبةَ والوصية ؛ فإنه لا ضررَ فيه .

فأما تَدْبِيرُه ووصيتُه ، ففيه قولان مرتبان على الصبي ، وأولى بالنفوذ .

---

(١) في (أ) : « الخامس » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) زيادة من (ب) .
(٤) في (أ) : « آخر » .
(٥) قال في الروضة : « هذا كله إذا استقل بهذه التصرفات ، فأما إذا أَذِن له الوليُّ ، فإن أطلق الإذنَ فهو لغو ، وإن عيّن تصرفًا وقدر العوض ، فوجهان : أصحهما عند الغزالي : الصحة ، كما لو أذن في النكاح ، فإنه يصح قطعًا ، وإن كان بعضهم قد أشار إلى طرد الخلاف فيه . وأصحهما عند البغوي : لا يصح كما لو أذن للصبي . قلت : هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم الجرجاني ، والرافعي في « المحرر » ، وجزم به الروياني في « الحلية » . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (١٨٤/٤) .

فروع ثلاثة :

الأول [١] : لو أقرَّ بإتلافِ مالِ الغير ، فيه وجهان :

القياس : المنع كالصبي [٢] .

والثاني : [أنه] [٣] يُقْبَل ، لأنه مكلَّفٌ قادرٌ على الإتلاف ، فلْيَقْدِرْ على الإقرار .

الثاني : بيعُ الاختبار الذي يُبْتَلى به ، الصحيح : فساده إن جرى قبل البلوغ ، وإنما المرادُ الامتحانُ بمقدمات البيع ، ثم مهما امتحن فبلغ : انفكَّ أيضًا [الحجرُ لمجرد البلوغ] [٤] من غير حاجةٍ إلى إنشاءِ الفَكِّ .

ولو بلغ غيرَ رشيدٍ ثم صار رشيدًا ، فالأظهر [٥] : أنه ينفكُّ أيضًا من غير حاجةٍ إلى إنشاء الفك .

الثالث : لو أحرم بالحج : انعقد إحرامُه ، ثم إن كان عن فَرْضِ إسلامه ، هيَّأ الوليُّ أسبابَه والأمتعةَ من الزاد والراحلة ، ثم فيه وجهان [٦] :

---

(١) في (أ) : « أحدها » .

(٢) ذكر في الروضة : أن هذا هو الأظهر ، مما يدل على أنهما قولان . انظر : روضة الطالبين : (٤/١٨٥) ، مغني المحتاج : (٢/١٧٢) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٦٩) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٥) ذكر في الروضة أنه الأصح ، وليس الأظهر ؛ لكونهما وجهين . انظر : روضة الطالبين : (٤/١٨٢) ، مغني المحتاج : (٢/١٧٠) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٦٥) .

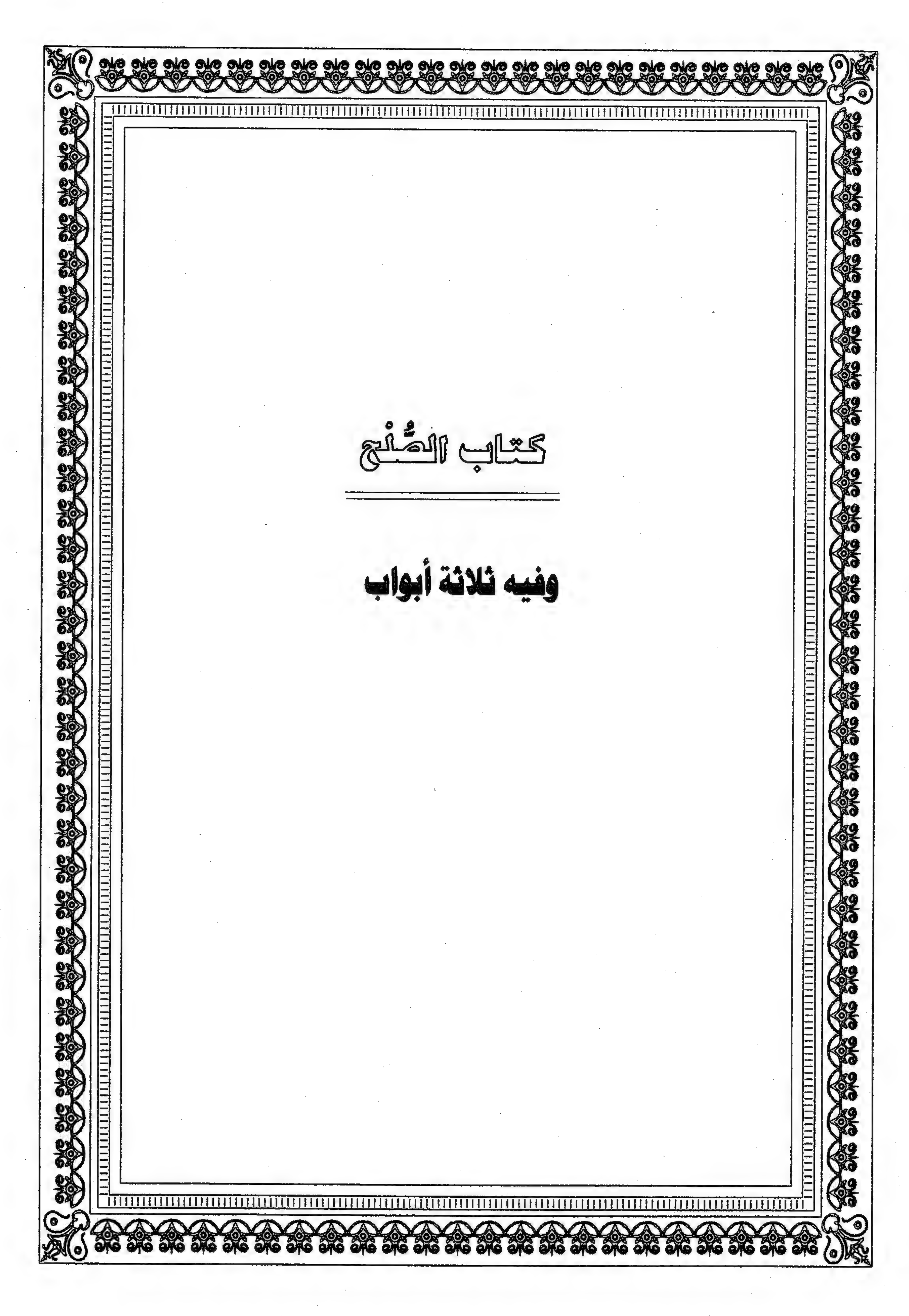
(٦) قال في الروضة : « ثم المذهب وبه قطع الأكثرون : أنه كالمحصر يتحلَّل بالصوم ، إذا قلنا : لدم الإحصار بدل ، لأنه ممنوع من المال ، ونقل الإمام فيه وجهين : هذا ، والثاني : أن عجزه عن النفقة لا يُلْحِقُه بالمحصر ، بل هو كالمفلس الفاقدِ للزاد والراحلة ، لا يتحلل إلا بلقاء البيت » . انظر : روضة الطالبين : (٤/١٨٦) ، مغني المحتاج : (٢/١٧٣) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٧٢) .

أحدهما : أنه كالمُحْصَرِ ، فيتحلَّل .

والآخر : أنه كالمفْلِس ، لا يتحلل إلَّا بلقاءِ البيت .

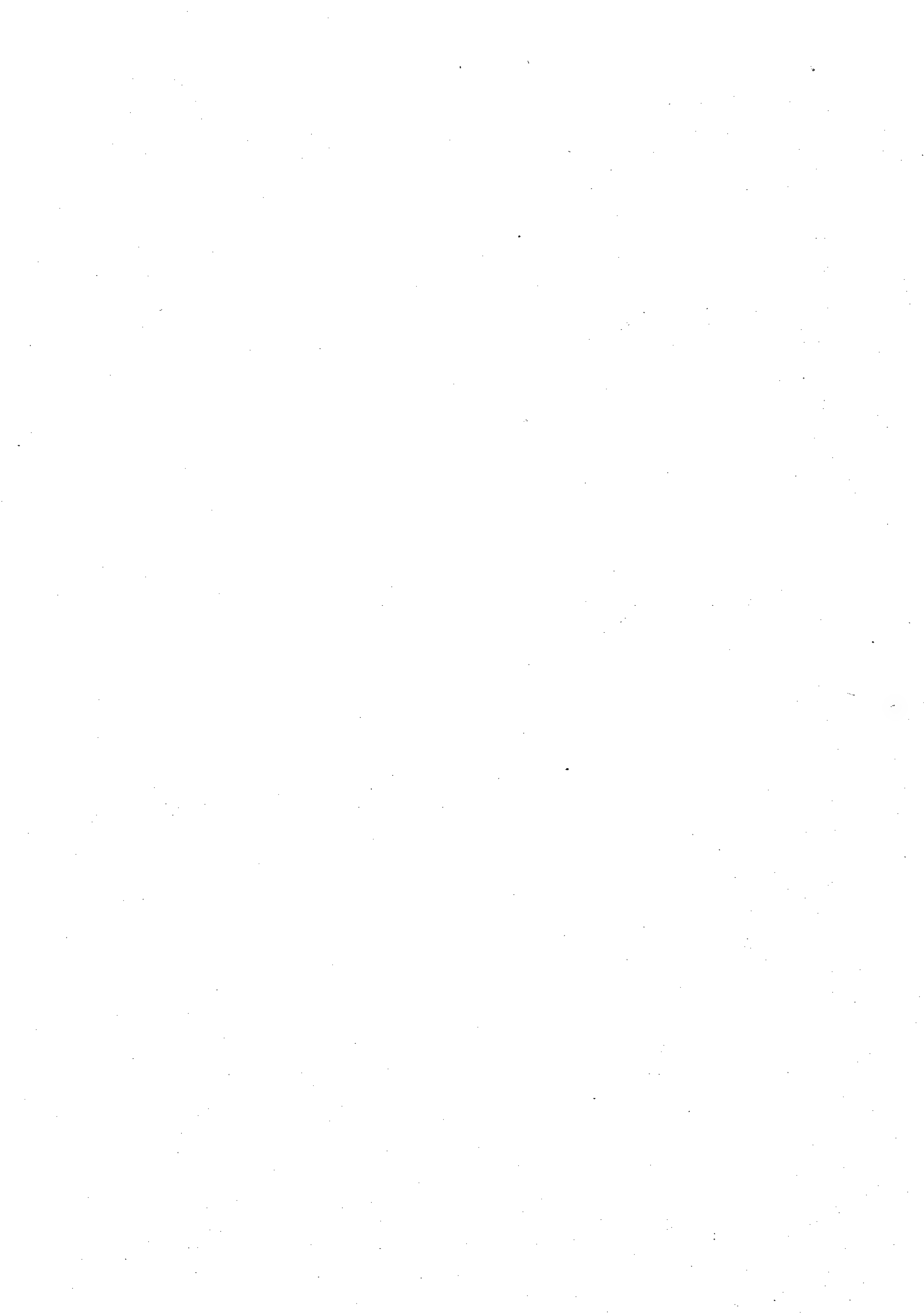
* * *





كتاب الصُّلْح

وفيه ثلاثة أبواب



٩٠/أ

الباب الأول : / في الصحيح والفاسد

والصلح عند الشافعي [(١)] – رضي الله عنه – ليس عقدًا مخالفًا للبيع [(٢] أو للهبة [٢)] ، ولكنه إن كان بمعاوضةٍ فهو بيعٌ يصحُّ بلفظ البيع ، ويصحُّ البيعُ بلفظه .

واستثنى صاحبُ التلخيص الصلحَ عن أَرْشِ [(٣)] الجنايات ، فقال : لا يصحُّ بلفظ البيع .

واستثنى بعضُ الأصحاب البيعَ ابتداءً من غيرِ تقدُّمِ خصومةٍ ، فقالوا : لا يصح بلفظ الصلح فلا يُطلق لفظُ الصلح إلا بعد [تقدُّمِ] [(٤)] خصومة ، فلا يَحْسُنُ أن يُقال لصاحب المتاع : صالحني عن متاعك على كذا .

أما استثناءُ صاحب التلخيص [فقد] [(٥)] استدرك [(٦] الشيخ أبو علي عليه [٦)] وقال [(٧)] : هو بيعُ دَيْنٍ ، ويجوز أن يُستعمل فيه لفظُ البيع إن كان معلومَ القَدْرِ والصفة . ولا يجوز لفظُ الصلح أيضًا إن كان مجهولَ القدر والصفة ، وإن كان معلومَ القدر مجهولَ [(٨)] الصفة – كإبل الدية – ففي جواز بيعه بطريق الاعتياض عنه وجهان [(٩)] بلفظ الصلح والبيع جميعًا .

نعم ، لو قلنا : مُوجِبُ العَمْدِ القَوَدُ المحضُ ، فالمصالحةُ عنه على مالٍ جائز ، ولا يصح إطلاقُ لفظ البيع فيه .

---

(١) انظر : الأم : (١٩٦/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٤/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٦٧/٦) ، روضة الطالبين : (١٩٣/٤) ، المجموع : (٦٧/١٣) .

(٢) في (أ) : « والهبة » .

(٣) في (أ) : « أروش » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « عليه الشيخ أبو علي » .

(٧) انظر : روضة الطالبين : (١٩٤/٤ ، ١٩٥) .

(٨) كلمة : « مجهول » ليست في (ب) .

(٩) أصح هذين الوجهين المنع ، كما لو أسلم في شيء لم يصفه ، كما في الروضة : (١٩٥/٤) .

وأما استثناءُ الأصحاب - وهو إطلاقُ لفظ الصلح ابتداءً [1] أيضًا - [2] خالف فيه [2] بعضُ الأصحاب [أيضًا] [3] ، وقالوا [4] : إنه جائزٌ ، فتحصَّلنا فيه [5] على وجهين .

الاستثناءُ الثالث : أن يُصالحَ على بعض المدَّعى ، فالظاهرُ : صحتُه ، ويكون هبةً للبعض فيؤدِّي معنى الهبة ، ولفظ البيع لا يحصل به هذا الغرضُ ، فصلحُ الحَطيطةِ بلفظ البيع باطلٌ .

ومن الأصحاب من حكى [6] عنه أن [6] الشيخ أبو علي منَعَ هذا ؛ لأنه يُنبِّئُ عن المعاوضة - أعني لفظَ الصلح - ولا معاوضةَ هاهنا .

هذا إذا صالح عن عين ، فإن صالح عن دين ، نُظِرَ : فإن صالح عن [7] دينٍ آخر فلابد من التسليم في المجلس ؛ فإنه بيعُ كالئ بكالئ . وإن صالح على عَيْنٍ وسَلَّم في المجلس : صحَّ ، وإن لم يسلم ، فالأظهر [8] : الصحة ؛ لأنه عين .

وفيه وجه يُجْرِي ذلك في لفظ البيع .

وصُلْحُ الحَطيطة في الدين بمعنى الإبراء عن البعض صحيح ، ولكن في افتقاره إلى القبول خلاف [9] ، كما في الإبراء بلفظ الهبة .

فرع : لو صالح من ألفٍ حالٍّ على مؤجَّلٍ : فهو باطلٌ ؛ لأنه وعدٌ محضٌ لا يلزم ، ومن المؤجل على الحالِّ وعدٌ من الجانب الآخر ، وكذا من الصحيح على المُكسَّر ، ومن المكسَّر على الصحيح .

---

(1) كلمة : « ابتداء » ليست في (أ) .
(2) في (أ) : « فيه خالف » .
(3) زيادة من (أ) .
(4) في (أ) : « وا » ، وهو خطأ من الناسخ .
(5) قوله : « فيه » ليس في (أ) .
(6) في (أ) : « عن » .
(7) في (أ) : « على » .
(8) ذكر في الروضة : أنه الأصح وليس الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٤/١٩٥) ، مغني المحتاج : (٢/ ١٧٨) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٨٥) .
(9) ولا يشترط القبول على الصحيح ، كما في الروضة : (٤/١٩٥) ، مغني المحتاج : (١٧٩) ، نهاية المحتاج : (٤/٣٨٦) .

ولو صالح من ألفٍ صحيح على خمسمائة مكسَّر [1] ، كان إبراءً عن خمسمائة [2] ووعدًا من الباقي [2] ، وكذا عن ألفٍ حالٍّ على خمسمائة مؤجلة [3] ، فإما [4] عن ألفٍ مؤجَّلٍ على خمسمائة حالَّةٍ ، أو عن ألف مكَسَّر [5] على خمسمائة صحيحة : ففاسدٌ ؛ لأنه نَزَل [6] عن قدْرٍ للحصول على وصفٍ زائدٍ ، فهو فاسدٌ ولا يصح نزولُه ؛ إذ لم يسلم له ما طمع فيه .

ولو اعتاض عن ألفَيْ درهمٍ [له] [7] عليه ألفا [درهم] [8] وخمسين دينارًا ، فالأصح [9] : صحتُه ويُجْعَلُ مستوفيًا للألف ومعتاضًا عن الباقي خمسين دينارًا .

وفيه وجه [آخر] [10] : أنه مسألةُ مُدّ عجوة ؛ لأن لفظَ الصلح للمعاوضة . هذا كلُّه في الصلح على الإقرار . فأما [11] الصلحُ على الإنكار : فهو باطلٌ عند الشافعي – رضي الله عنه – [12] إن جَرَى مع المدَّعَى عليه على عين أخرى .

---

(١) في (أ) : « مكسرة » .

(٢) في (أ) : « ووعد في الباقي » .

(٣) في (أ) : « مؤجل » .

(٤) في (أ) : « وإما » .

(٥) في (أ) : « مكسرة » .

(٦) في (أ) : « ترك » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) قال في الروضة : « له في يد رجل ألفُ درهمٍ وخمسون دينارًا ، فصالحه منه على ألفي درهم : لا يجوز . وكذا لو مات عن ابنين والتركة ألفا درهم ، ومائة دينار ، وهي في يد أحدهما ، فصالحه الآخر من نصيبه على ألفي درهم : لم يَجُزْ . ولو كان المبلغ المذكور دينًا في ذمة غيره فصالحه منه على ألفي درهم جاز . والفرق : أنه إذا كان في الذمة فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه ، فيجعل مستوفيًا لأحد الألفين ، ومعتاضًا عن الدنانير الألف الآخر . وإذا كان معينًا كان الصلح عنه اعتياضاً ، فكأنه باع ألف درهم وخمسين دينارًا بألفي درهم . وهو من صور مُدّ عجوة . ونقل الإمام عن القاضي حسين وجهًا في صورة الدين بالمنع تنزيلًا على المعاوضة » . انظر روضة الطالبين : (١٩٧/٤) .

(١٠) زيادة من (أ) .

(١١) في (أ) : « أما » .

(١٢) انظر : الأم : (١٩٧/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٤/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٦٩/٦) ، روضة الطالبين : (١٩٨/٤) ، المجموع : (٧٧/١٣) ، مغني المحتاج : (١٨٠/٢) .

وفي صلح الحطيطة على الإنكار ، وجهان [١] :

ووجه الصحة : أنه بمعنى الهبة والإبراء ، وذلك ليس يستدعي عِوَضًا ، فإذا سَلَّم له [٢] البعضَ ، واتفقا على أنه ملكه ؛ إذ يملكه بزَعْمِ المدَّعَى عليه بكونه هبةً ، وبزعم المدعي بكونه مستحقًّا : لم يَبْقَ إلا الخلافُ في الجهة .

وهذا كلُّه إذا قال المُدَّعى عليه : صالحْنِي عن دعواك ، أو صالحني مطلقًا . فلو قال : بِعْني الدارَ ، فهو إقرار .

ولو قال : صالحني عن الدار ، فهل يُجْعَلُ إقرارًا ليصح الصلحُ على الإقرار ؟ فوجهان ، الظاهر [٣] : أنه ليس بمُقِرٍّ .

أما الصلحُ على الإنكار مع الأجنبيِّ ، إن [٤] قال الأجنبي : هو مقرٌّ وأنا وكيلُه : صحَّ لتَقَارِّ المتعاقدَيْن .

وإن [٥] قال : هو منكرٌ ولكنِّي أعْرِفُ أنك محقٌّ ، وإنما أصالح له ، فوجهان [٦] ،

---

(١) قول الأكثرين : أنه باطل ، كما في الروضة : (١٩٨/٤ ، ١٩٩) ، مغني المحتاج : (١٨٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٨٩/٤) .

(٢) في (أ) : « إليه » .

(٣) ذكر في الروضة أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (١٩٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٨٩/٤) .

(٤) في (أ) : « إذا » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) قال في الروضة : « فإن قال : هو منكر ، ولكنه مبطلٌ ، فصالحني له على عبدي هذا لتنقطع الخصومةُ بينكما ، فوجهان : قال الإمام : أصحها : لا يصح ؛ لأنه صلحُ إنكار .

والثاني : يصح ؛ لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان . هذا إذا كان المدَّعَى عينًا ، فإن كان دينًا ، فقيل على الوجهين . والمذهب : القطع بالصحة » . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٠/٤ ، ٢٠١) ، مغني المحتاج : (١٨١/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٩١/٤) .

يُنظر في أحدهما إلى إقرارِ متعاطي العقد ، وفي الثاني إلى مَنْ يقع [العقدُ] [1] له .

فإن كان المدَّعَى دَيْنًا ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز ؛ لأنه مستقلٌّ بقضاءِ دَيْنِ غَيْرِه دون قوله ، فلا يؤثر [2] إنكارُه فيه [2] .

فرعان :

أحدهما : لو قال الأجنبيُّ : أنت محقٌّ ، وأنا أشتريه [3] لنفسي فإني قادرٌ على الانتزاع من يده ، ففي صحة شرائه وجهان [4] ، وجه المنع : أن الشرع يَمْنَعُه من الانتزاع ؛ فإن ظاهرَ اليد يَدُلّ [على أن ذلك] [5] له ، والعجزُ الشرعي كالعجز الحسِّي .

الثاني : إذا أسْلَم على عشرةِ نسوةٍ ، ومات قبل البيان : فالميراثُ موقوفٌ بينهن ، ويصح الاصطلاحُ على عين التركة ، ويكون التفاوتُ فيه محمولًا على المسامحة والهبة ، وذلك محتمل وإن كان مجهولًا للضرورة .

ولو جرى على غير التركة لم يَجُزْ ؛ لأن مَنْ أخذ عوضًا فلابُدَّ وأن يَثْبُتَ له ملكٌ في معوض .

* * *

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « فيه إنكاره » .

(٣) في (أ) : « اشتريته » .

(٤) الأصح صحة شرائه ، كما في الروضة : (٢٠١/٤) ، مغني المحتاج : (١٨١/٢ ، ١٨٢) .

(٥) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

الباب الثاني : في التزاحم على الأملاك

والنظر فيه يتعلق بالطرق [(١)] ، والجدارِ الحائل بين الملكين ، والسَّقْفِ الحائل بين السُّفْلِ والعُلُو .

أما الطرق والشوارع [(٢)] : لا يتعلق بها الاستحقاقُ [(٣)] .

الطرق : وهي المواضعُ التي أُلْفِيت شوارعَ في البلاد والصحاري ، ومبداها في البلاد : أن يَجْعَلَ الإنسانُ مِلكَ نفسه شوارعَ ، أو يتفق المُلَّاكُ في الأحياء على فتحِ أبوابِ الدُّورِ إلى صَوْبٍ واحد .

فلو انفرد بالتصرف في الشوارع بفتح بابٍ إليه لم يكن : جاز [(٤)] ، وكذا لو أخرج جَنَاحًا لا يَضُرُّ بالمارَّة ؛ لأن الهواءَ بقي على أصل الإباحة ، والاختصاصُ بالأرض للشروع ، فليوضع [(٥)] الجناحُ إلى حيث لا يمنع المحملَ [(٦)] مع الكنيسة .

وأبعَدَ مبعِدُون فقالوا : إلى أن لا يمنع الرمحَ المنصوبَ / في يد فارسٍ . ٩٠/ب

وقال أبو حنيفة – رحمه الله – [(٧)] : وإن فعل ذلك فلِآحادِ المسلمين المنعُ ، وإن [(٨)]

---

(١) في (أ) : « الطريق » . (٢) في (أ) : « فالشوارع » .

(٣) في (أ) : « إلا استحقاق » وهو خطأ .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « جاد » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « فليرفع » . (٦) في (أ) : « الحمل » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنه ليس لأحد أن يتصرف في الطريق النافذ بما يبطل المرور ، ولا أن يشرع فيه جناحًا ، أو يتخذ على جدرانه ساباطًا يضر بالمارة . فإن لم يضر فلا منع منهما . وهو مذهب أبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة .

وقال أبو حنيفة : إذا أشرع الرجلُ جناحًا على طريق نافذ فله الانتفاعُ به ما لم يمنعه من ذلك أحدٌ أو يخاصمه فيه أحد ، فإن منعه من ذلك أحدٌ أو خاصمه فيه لم يَسَعْه الانتفاعُ به وكان عليه نَزْعُه .

انظر : الحاوي الكبير : (٣٧٦/٦) ، الروضة : (٢٠٤/٤) ، المجموع : (٨٠/١٣) . مختصر الطحاوي : (١٠٠) .

(٨) في (أ) : « فإن » .

لم يُمْنَعْ فله الاعتمادُ على السكوت .

أما التصرف في أرض الشوارع بنصب دكة ، أو غرسِ شجرةٍ حيث [1] لا يُضَيِّقُ على المارَّةِ ، فيه وجهان [2] :

قال القاضي : الشوارعُ كالمَوَات فيما عدا الطروقَ ، فلا يُمْنَعُ إلا مما يُبْطِلُ الطروقَ .

وقال آخرون : بل تُعَين الأرضُ للطروق [3] فلا تُصْرَف [3] إلى غيره ، فالزُّقَاقُ قد يتضايق فيؤدِّي إلى الضرر .

أما السِّكَّةُ المُنْسَدَّةُ الأسفلِ : فهي كالشوارع عند العراقيين ، وهو بعيدٌ ؛ إذ يلزم عليه أن يجوز أن يُفْتَحَ إليها بابٌ [4] وإن لم يكن ، وفيه ضرر حاضرٌ [5] ، وتجويزُه بعيد .

والمراوزة قالوا : هو مِلْكٌ مشترَكٌ بين السُّكَّان .

ومن هو [6] في أعلى السكة ، هل هو شريكٌ فيما دون باب داره إلى أسفل السِّكَّة ؟

فيه وجهان [7] من حيث إنه قد يَدُور في جميع السكة لأغراضه ، فعلى هذا يمتنع [8] إحداثُ زيادةِ انتفاعٍ لم تكن [9] إلا برضاء الشركاء ، فإن رَضُوا فهو إعارةٌ ولهم الرجوعُ .

فمن فتح بابًا جديدًا ، أو أشرع [10] جَناحًا فلمن تحته الاعتراضُ ، وفيمن [11] فوقه وجهان .

---

(1) في (أ) : « بحيث » .

(2) أصح هذين الوجهين : المنع ، كما في الروضة : (٢٠٤/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٩٧/٤) .

(3) في (أ) : « ولا يصرف » .

(4) في (أ) : « بابُ دارٍ » .

(5) في (أ) : « خاص » .

(6) قوله : « هو » ليس في (أ) .

(7) قال في الروضة : « ثم هل الاشتراك في جميعها لجميعهم ، أم شركةُ كلٍّ واحدٍ تختص بما بين رأس السكة وباب داره ؟ وجهان ، أصحهما : الاختصاص ؛ لأن ذلك هو محل تردده ، وما عداه فهو فيه كغير أهل السكة » . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٧/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٠٠/٤) .

(8) في (أ) : « يمنع » .

(9) في (أ) : « يكن » .

(10) في (أ) : « شرع » .

(11) في (أ) : « ولمن » .

ولو سدَّ البابَ القديمَ ، وفتح بابًا [جديدًا] [1] أقربَ إلى [باب] [2] الدَّرْبِ : فلا مَنْع منه ، وإن ترك ذلك البابَ فوجهان [3] من حيث إنه قد يجتمع الدوابُّ والناسُ على الباب الآخر ، فكأنه [4] زيادةُ انتفاع [4] .

وكذا الخلاف [5] إذا فتح [5] إلى داره بابَ دارٍ أخرى ملاصقةٍ له كان بابُها إلى [6] الشارع ، فإنه يكاد يكون زيادةً في الانتفاع ، فأما فَتْحُ الكُوَّةِ للاستضاءة : فلا مَنْعَ منه .

وأما الجدارُ الحائل : إن [7] كان ملكَ واحدٍ ، فليس للآخر التصرُّفُ فيه إلا بإذنه ، فإن [8] استأذن في وَضْع جِذْعٍ عليه فليس عليه الإجابةُ إن تضرَّر .

وإن [9] لم يتضرر ، فالجديد [10] : أنه لا يجب [11] ، وهو القياسُ .

والقديم : وجوبه ؛ لقوله [12] - عليه السلام - : « مَنْ كان يُؤْمِنُ بالله واليوم الآخر

---

(1) زيادة من (أ) . (2) زيادة من (أ) .

(3) قال في الروضة : « ولو كان له باب في السكة ، وأراد أن يفتح غيره ، فإن كان ما يفتحه أبعدَ من رأس السكة ، فلمن الباب المفتوح بين داره ، ورأس السكة منعه ، وفيمن داره بين الباب ورأس السكة وجهان ؛ بناءً على كيفية الشركة كما سبق في الجناح . وإن كان ما يفتحه أقربَ إلى رأس السكة ، فإن سد الأول جاز ، وإلا فكما إذا كان أبعد ؛ لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول أوْرَثَ زيادةَ زحمة الناس ووقوف الدواب ، فيتضررون به » . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٨/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٤٠٢/٤) .

(4) في (أ) : « زيادةٌ في الانتفاع » . (5) قوله : « إذا فتح » مكرر في (أ) .

(6) في (أ) : « في » . (7) في (أ) : « إذا » .

(8) في (ب) : « وإن » . (9) في (أ) : « فإن » .

(10) والجديد هذا هو الأظهر ، كما في الروضة : (٢١٢/٤) .

(11) انظر : الأم : (٢٠٠/٣) ، مختصر المزني : (٢٢٤/٢) ، الحاوي الكبير : (٣٩١/٦) ، روضة الطالبين : (٢١٢/٤) ، المجموع : (٨٨/١٣) .

(12) في (أ) : « وهوله » .

فلا يَمْنَعَنَّ جارَه من أن يَضَعَ خَشَبةً على جِدَاره »[١] . ولعله تأكيدٌ للاستحباب .

التفريع : إذا لم يوجب ، فلو رضي فهو إعارةٌ ، فلو انهدم الجدارُ ، فالظاهر : انفساخُ الإعارة ، فيفتقر إلى إعادتها . وإن[٢] رجع قبل الانهدام فله ذلك ، وفائدته : التَّسلُّطُ على النقض بشرط أن يَغْرَمَ الأرْشَ إذا بنى بإذنه .

وقال القاضي : فائدته : المطالبةُ بالأجْرةِ في المستقبل ، [٣] فإن الطَّرفَ الآخرَ[٣] في الملك الخالصِ للمستعير ، فلا يمكنه أن يَنْقُصَ ذلك .

أما الجدار المشترك : فالنظر في الانتفاع ، والقسمة[٤] ، والعمارة .

أما الانتفاع : فلا يجوز إلا بَعْدَ التراضي ، كسائر الأملاك المشتركة ، وأما الاستنادُ إليه ففي المنع منه ترددٌ[٥] ؛ لأنه عنادٌ محض .

أما القسمة : فجائزة بالتراضي في الطول والعرض جميعًا ، ثم لا يتصرف كلٌّ واحدٍ بما يَضُرُّ بصاحبه[٦] ؛ لأن الأملاكَ متلاصقةٌ ، ولا يُجْبَرُ على قسمةِ الجدار في كلِّ الطول ونصف العَرْض ؛ لأنه لا يسلط على الانتفاع بوضع الجُذُوع ، ولأن القُرْعةَ قد تخرج على نقيض المراد .

---

(١) أخرجه البخاري : (١٣١/٥) (٤٦) كتاب المظالم (٢٠) باب لا يمنع جارٌ جاره أن يغرز خشبة في جداره (٢٤٦٣) ، وأطرافه : (٥٦٢٧ ، ٥٦٢٨) ، ومسلم : (١٢٣٠/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٢٩) باب غرز الخشب في جدار الجار (١٦٠٩) ، وأبو داود : (٣١٤/٣) كتاب الأقضية أبواب من القضاء (٣٦٣٤) ، والترمذي : (٦٣٥/٣) (١٣) كتاب الأحكام (١٨) باب ما جاء في الرجل يَضع على حائط جاره خشبًا (١٣٥٣) ، وابن ماجه : (٧٨٣/٢) (١٣) كتاب الأحكام (١٥) باب الرَّجل يضع خشبة على جدار جاره (٢٣٣٥ ، ٢٣٣٦ ، ٢٣٣٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٥/٣) حديث رقم : (١٢٤٨) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « وللقسمة » .

(٥) الأصح : لا يمتنع ، كما في الروضة : (٢١٤/٤) ، مغني المحتاج : (١٨٩/٢) ، ونهاية المحتاج : (٤١١/٤) .

(٦) في (أ) : « صاحبه » .

[وقال صاحب التقريب [1]] [2] : لا قرْعةَ ، بل يتعينُّ لكل واحدٍ جانبُه ، أما في جميع العَرْضِ وبعضِ الطول فالإجبارُ عليه يُبْتَنى [3] على المعنيَيْنِ فإن الانتفاعَ يتعذَّرُ للاتصال [4] ، ولكن القرعةَ لا تتعذّر [5] .

أما الأساس : فلا مانعَ من الإِجبار على قسمته إلا أمْرُ القرعة ، وفي مذهب صاحب التقريب ما يَدْفَعُ عُسْرَه .

أما العمارة : فإذا استَرَمَّ الجدارُ ، فهل لأحد الشريكين أن يُجْبِرَ الآخرَ على العمارة ؟ فيه قولان :

[أحدهما – وهو] [6] القديم – : بلى ؛ للمصلحة ، حذارًا من تعطيل الأملاك .

والجديد : لا [7] ؛ لأنه ربما يتضرَّرُ هو [8] بصَرْفِ ماله إلى العمارة ، إذا كان لا يتفرغ [9] له فالضررُ متقابلٌ ، فعلى [10] هذا ليس له منعُ الشريك إلا [11] من الاستبداد بالعمارة ؛ لأنه عنادٌ محضٌ .

وكذا الخلاف في أن صاحب العُلُوِّ هل له أن يُجْبِرَ صاحبَ السُّفْلِ على إعادته ليبني عليه عُلُوَّه ؟ ولا خلاف في أن لصاحب العُلُوِّ الاستبدادَ ببناءِ السُّفْلِ – وإن كان

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « التلخيص » ، والمثبت من (أ) ، ونسخة أخرى ، كذا على هامش الأصل .

(٢) في (أ) : « وصاحب التقريب قال » .

(٣) في (أ) : « يبتنى » .

(٤) في (أ) : « الاتصال » .

(٥) في (أ) : « تتعدد » .

(٦) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٧) والجديد هذا هو الأظهر عند جمهور الأصحاب ، كما في الروضة : (٢١٥/٤ ، ٢١٦) ، مغني المحتاج : (١٩٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٤١١/٤) .

(٨) في (أ) : « وهو » .

(٩) في (ب) : « يتفرع » .

(١٠) في (أ) : « وعلى » .

(١١) في (أ) : « الآخر » .

مُتَصَرِّفًا في ملك غيره - دفعًا للضرر .

فروع ثلاثة :

أحدها : الجدارُ المشترك ، إن أعاده أحدُهما فالنقض [(١)] المشتركُ عاد مشتركًا ، ولو أعاد السُّفْلَ بالنقض الذي كان عاد ملكًا لصاحب السفل . فلو [(٢)] هَدَمَه بعد أن بناه غَرِمَ له ؛ لأنه دَخَل في ملكه مَبْنِيًّا ، ولصاحب السفل أن ينتفع به .

وكذا لو أعاد صاحبُ العلوّ ينقض نفسه ، فلا يمنع صاحب السفل من السكون في ملكه ، وإن أحاط به جدران غيره .

وقال [(٣)] صاحب التقريب : له أن يَمْنَعَه منه إلى أن يغرم له القيمةَ ، وهذا يَلِيقُ بالقول القديم ، ثم على [القول] [(٤)] القديم لا يجبره إلا على القَدْرِ الذي يُخرجه عن كونه خَرَابًا ضائعًا ، وللقاضي أن يستقرِضَ عليه إن كان غائبًا ، فالشريكُ لو استبدَّ بالاتفاق دون إذنِ القاضي ، ففي رجوعه ثلاثة أوجه ، يُفَرَّقُ في الثالث بين [(٥)] أن لا يكون في البلد قاضٍ فيكون معذورًا ، أو يكون .

الثاني : لو [(٦)] أعاد أحدُ الشريكين الجدارَ بالنقض المشترك ، بشرط أن يكون

---

(١) في (أ) : « بالنقض » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فهل » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « قال » بدون الواو . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « من » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قال الحموي : « قوله في كتاب الصلح : (لو أعاد أحد الشريكين الجدار بالنقض المشترك بشرط أن يكون له ثلث الحائط : جاز ، فكأنه جعل له سدسَ ذلك أجره على عمله) .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ هاهنا مخالفٌ لما ذكره معظم الأصحاب ، فإنهم ذكروا في كتب المذهب أن الصلح لا يصح هنا أيضًا ، فإنه نقل في باب الإجارة عن الأصحاب في أن المرتضع المشترك وامرأة مرضعة وإنسان إن استأجرها على الرضاع : لا يجوز ، وقال : لأن عملهما لا يصادفه خاص ملكه ، ثم قال : وفيه نظر . ولاشك بأنه لا فرق بينهما ، وقوله : « وفيه نظر » يُشْعِر بأن هذا من خاصية =

ثلثا[1] المِلك له في النقض : جاز ، فكأنه جَعَلَ سدسَ النقض أجرةً له على عمله .

ولو تعاونا ، وشرطا التفاوتَ ، قال الأصحاب : لا يجوز[2] ؛ لأن النقضَ متساوٍ[3] والعمل متساوٍ[4] .

وفيه[5] وجه ؛ إذ لأحدهما أن يتبرع بالعمل على الآخرِ ، ويبذل للآخر[6] على عمله الذي صادف مِلْكَه عِوَضًا من النقض ، وكل ذلك يجوز بشرط أن يملك النقضَ دون الجدار ، فإن ذلك يؤدِّي إلى تعليق الملك / في العوض . ٩١/أ

الثالث : مَنْ له حقُّ إجراءِ الماء في أرض الغَيْرِ فليس عليه العمارةُ إذا اسْتَرَمَّت الأرضُ ، وكذا إن كان من جهةِ الماء على الظاهر [من المذهب][7] .

أما السقف الحائل بين العلو والسفل : فلصاحب العلو الجلوسُ عليه ، ولصاحب السُّفْل الاستظلالُ به ، وإنما يُتَصَوَّرُ ذلك بأن يَبِيعَ صاحبُ السفل حقَّ البناء على سطحه من غيره ، فيبني الغيرُ .

= مسألة الإجارة دون مسألة الجدار ، والفرق بينهما عسير .

قلت : ما ذكره الشيخ – رحمه الله – فهو منقول في كتاب « النهاية » في كون الصلح صحيحًا ، وذلك يعضد ما ذكره الشيخ ، ولعل صاحب « النهاية » اطلع عليه نقلًا عن الشافعي . وأما قوله : « فيه نظر » في باب الإجارة فيحتمل أن يكون ذلك إنكارًا عليهم لما نقل عنهم ذلك حيث قالوا ذلك في مسألة الإجارة ولم يذكروا ذلك في مسألة الجدار ، وكأنه قال : وأي فرق بينهما ؟ قال : العمل في الموضعين تصادف خاص ملكه . وبه خرج الجواب .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ثلثي » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) وهذا هو الصحيح ، كما في الروضة : (٤/٢١٨) ، مغني المحتاج : (٢/١٩٠) ، نهاية المحتاج : (٤/٤١٢) .

(٣) ، (٤) في (أ) : « متساوي » ، وهو خطأ .

(٥) في (أ) : « وله » .

(٦) في (أ) : « الآخر » .

(٧) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

وقال المزني : هذا البيع باطلٌ [١] ؛ إذ لا مبيعَ ، وإنما هو إجارةٌ فَلْيُؤَقَّتْ ، وشَبَّه هذا بالاعتياض عن الجَناح المُشْرَعِ [٢] في دار الغير ، فإنه ممنوعٌ ، والشافعي - رضي الله عنه - [٣] جَوَّزَ أن يُبَاعَ حقُّ الملك إذا كان مقصورًا ، كعين [٤] الملك في حقِّ الممرِّ ومجرى الماء ومَسِيله ، وكذلك [٥] حقُّ وضْعِ الجذوع [٦] .

فروع :

الأول : اختلفوا في أن هذا هل ينعقد بلفظِ الإجارة مع ما فيه من التأبيد [٧] .

الثاني : يجب عليه أن يَعْلَمَ موضعَ البناء وقَدْرَه ، وأن اللَّبِنَاتِ في الجدار منضَّدَةٌ أو متجافيةُ الأجواف ، ولا حاجة - على الأظهر - [٨] إلى ذكر الوَزْنِ ، فلو باع حقَّ البناء على الأرض ، [٩ فإنه لا يحتاج ٩] إلى ذِكْرِ تنضيدِ اللبنات أيضًا ؛ لأن الأرض لا تتأثر به .

الثالث : صاحب السُّفْلِ [إذا هَدَم السفلَ غَرِمَ [١٠ لصاحب العلو ١٠] حقَّ البناء] [١١] ولم ينفسخ ؛ لأن حكمَ البيع غالبٌ على هذا العقد . فإذا أعاد السفلَ استرد ما غَرِمَه ؛ إذ كان ذلك للحيلولة .

---

(١) انظر : مختصر المزني : (٢/٢٢٥ ، ٢٢٦) ، الحاوي الكبير : (٦/٤١١ ، ٤١٣) ، روضة الطالبين : (٤/٢١٩ ، ٢٢٠) .

(٢) في (أ) : « المشروع » .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٢/٢٢٥) ، روضة الطالبين : (٤/٢١٩ ، ٢٢٠) .

(٤) في (أ) : « لعين » .

(٥) في (أ) : « وكذا » .

(٦) في (أ) : « الجدار » .

(٧) الأصح : أنه ينعقد بلفظ الإجارة ، كما في الروضة (٤/٢٢٠) .

(٨) قال في الروضة : على الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٤/٢٢١) .

(٩) في (أ) : « فلا حاجة » .

(١٠) في (أ) : « له » .

(١١) في نسخة أخرى : « إذا هدم العلو غرم له حقَّ البناء » ، كذا على هامش الأصل .

وكذا الأجيرُ [1] يَغْرَمُ في الحال ما يشتري به حقَّ البناء ، ثم يسترد [2] عند إعادة السفل .

* * *

(١) في (أ) : « الأجنبي » ، وفي نسخة أخرى : « الأجنبي » ، كذا على هامش الأصل .

(٢) في (أ) : « يسترده » .

الباب الثالث : في التنازع

وفيه مسائل خمسة :

الأولى : إذا ادَّعى رجلان دارًا في يدِ ثالثٍ زَعَمَا أنهما شريكان فيه [(١)] ، فصدَّق أحدَهما : يُسَاهِمُه المكذَّبُ في القَدْرِ الذي يُسَلِّم [(٢)] له إن ادَّعيا عن جهةِ إرث ، وإن ادَّعيا عن جهةِ شرائَيْنْ ، أو هبتَيْنْ ، [أو جهتين] [(٣)] مختلفتين : فلا يساهِم ، وإن ادَّعيا عن جهةِ شراءٍ واحدٍ ، أو هبةٍ واحدة ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الصفقةَ تتعدد بتعدُّد المشتري .

والثاني : بلى [(٤)] ؛ لأن العقدَ اقتضى الملكَ في كلِّ جزءٍ على الشيوع ؛ [(٥)] فعلى هذا يلتفت ما إذا [(٥)] باعا عبدًا مشتركًا فأخذ أحدُهما نصيبَه من الثمن ، هل يَسْتَبِدُّ به ، أم يُقال : كلُّ جزءٍ من الثمن فهو [(٦)] مشتركٌ إلى القسمة ؟

ولا خلافَ أن كلَّ جزء من النُّجُوم في العبد المشتَرَكِ - إذا كُوتِبَ - مشتَرَكٌ ؛ لأن تنجيز العتق في نصيب أحدِهما مُضِرٌّ بالآخر .

الثانية : ادَّعى رجلٌ على رجلَيْنْ دارًا في يدهما ، فأقرَّ أحدُهما : ثبت نصيبُه .

فلو [(٧)] صالحه على مالٍ وأراد المنكرُ أخْذَه بالشفعة : فله ذلك إن تعدَّدَ جهةُ ملكَيْهما [(٨)] .

وإن كان عن جهةِ إرثٍ فلا ؛ لأنه بإنكاره كذَّبه في أصل الدعوى ، فبطل الصلحُ بزَعْمِه ، وبقي الملكُ لشريكه ، فهو مؤاخذٌ بقوله ، وفيه وجه .

---

(١) في (أ) : « فيها » .　　(٢) في (أ) : « سلم » .

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٤/٢٢٤) .

(٥) في (أ) : « وهذا يلتفت على ما إذا » .　　(٦) في (أ) : « هو » .

(٧) في (أ) : « ولو » .　　(٨) في (أ) : « ملكهما » .

الثالثة : إذا تنازعا جدارًا حائلًا بين ملكهما ، فالظاهر : أنه في يدهما ، فيُحْكَمُ بالشركة .

فلو اتصل طرَفُ الجدار بجدارٍ خالصٍ لأحدهما اتصالَ ترصيف : صار هو صاحبَ اليد .

وكذلك لو كان على خشبةٍ ، [و] [(١)] أصلُ تلك الخشبةِ داخلٌ في خالصِ ملكِ أحدهما . ولو كان لأحدهما عليه جذوعٌ لم تكن اليدُ له [خلافًا لأبي حنيفة] [(٢)] ؛ لأنه [(٣)] اختصاصٌ بزيادةِ انتفاع ، فضاهى ما لو تنازعا دارًا [و] [(٤)] هما فيها ، ولأحدهما فيها أقمشةٌ ، وليس كما لو تنازعا دابةً (٥ أحَدُهما آخذٌ بلِجَامها ٥) والآخرُ راكبٌ : فإنها في يد الراكب ؛ إذ ليس ثَمَّ علامةٌ ظاهرةٌ للاشتراك ، وهاهنا كونُ الجدار حائلًا علامةٌ ظاهرةٌ للاشتراك ، فلا يُغيَّرُ إلا بسببٍ ظاهر .

وكذلك لو كان معاقد القمط ، أو الطاقات المرتبة أو الأطراف الصحيحة من اللبنات في [(٦)] أحد الجانبين ، فلا مبالاةَ بشيءٍ من ذلك .

فرع : لو شهدت بينةٌ لأحدهما بملك الجدار ، وتنازعا في الأُسّ : فالمشهودُ له صار صاحبَ اليد في الأُسّ ؛ إذ ليس الأُسُّ حائلًا بين الملكين ، حتى يُقال : الاشتراكُ فيه ظاهرٌ ، بخلاف الجدار إذا كان عليه جِذْعٌ .

الرابعة : تنازع صاحبُ العُلُوِّ والسُّفْلِ في السَّقْفِ : فهو بينهما ؛ لأنه حائلٌ بين ملكَيْهما ، وهو لأحدهما أرْضٌ وللآخر سماءٌ .

وذلك إذا كان يمكن إحداثُه بعد بناءِ العلو بوضع أطرافِ الجذوع عليه [(٧)] في

---

(١) الواو زيادة من (أ) .   (٢) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه لو كان جدارٌ مشتركًا بين اثنين وكان لأحدهما عليه جذوعٌ لم يُرَجَّح ملكها له ؛ لأن وضعها هكذا لا يدل على الملك .

ومذهب الحنفية : أنه لو كان على الجدار حمولةُ خشبٍ أو جذوع لإحدى الدارين المتجاورتين فهي لصاحبها دون الأخرى . انظر : الأم : (٣/٢٠٠) ، مختصر المزني : (٢/٢٢٤) ، الحاوي الكبير : (٦/٣٨٩) ، روضة الطالبين : (٤/٢٢٦) ، مختصر الطحاوي : (٩٩) .

(٤) الواو زيادة من (أ) .   (٥) في (أ) : « أخَذَ أحدُهما لجامها » .

(٦) في (أ) : « إلى » .   (٧) كلمة : « عليه » ليست في (أ) .

ثُقْبَةِ[1] الجدار ، فإن لم يمكن [2] إلا قَبْلَ [2] بناءِ العلو فهو متصلٌ بالسفل اتصالَ ترصيف ، فاليدُ لصاحب السفل ، ثم إذا قضينا بالاشتراك ففي جواز التعليق لصاحب السفل منه ثلاثةُ أوجه :

أحدها : الجواز ؛ مكافأةً لصاحب العلو ، فإنه يستبد بالجلوس عليه .

والثاني : المنع ؛ لأن ذلك القدْرَ ضرورةٌ في حقه .

والثالث : أنه إذا [3] افتقر إلى شَقِّ السقف بوَتَدٍ [4] لم يَجُزْ . وإلا جاز له ذلك ، فإنه حقيقةُ المكافأة على التساوي .

الخامسة : إذا كان علوُّ الخانِ لواحدٍ وسُفْلُه لآخرَ [5] وتنازعا في العَرْصة ، فإن كان المَرْقَى في أسفل الخان : فالعرصةُ في يدهما . وإن كان في وسطه : فالعَرْصَةُ إلى المَرْقَى في يدهما ، وما تحته فيه وجهان [6] ، وكذا لو كان في الدِّهْلِيز .

أما إذا كان خارجًا : فالعرصةُ في يد صاحب السُّفْل .

ولو تنازعا في نفس المرقى ، فهو في يد صاحبِ العلو ، إلا إذا كان تحته بيتٌ لصاحب السُّفْل / ينتفع به : فهو سَقْفٌ له كما أنه مرقى لصاحب العلو ، فهو في يدهما . ٩١/ب

* * *

---

(١) في (أ) : « نقب » .

(٢) في (أ) : « بَعْدَ » .

(٣) في (أ) : « إن » .

(٤) كلمة : « بوتد » ليست في (أ) .

(٥) في (أ) : « للآخر » .

(٦) أصح هذين الوجهين : أن ما تحته لصاحب السفل ، كما في الروضة : (٢٢٧/٤) .



كتاب الشفعة

وفيه

ثلاثة أبواب



الباب الأول في أركان الاستحقاق

وهي ثلاثةٌ : المأخوذُ ، والآخذُ ، والمأخوذُ منه .

الركن الأول : المأخوذ

وهو : كلُّ عَقارٍ يُجبر فيه على القسمة .

أما قولنا : « عقارًا » ، احترزنا به عن المنقولات ، فلا شُفْعَةَ فيها ؛ إذْ لا يَتَأَبَّدُ الضرار فيها ، فلم تكن في معنى العقار .

نَعَمْ ؛ يستتبع العقارَ الجدرانُ والأشجارُ ؛ لاتصالها بها على التَّأْبيد .

ولا يتعلق حقُّ الشفيع بالثمار المؤبَّرة ، [و] [١] سواءٌ تأبَّرتْ بعد العقد أو حالَ العقدِ ، مهما كانت مُؤبَّرةً عند الآخِذ . وإن لم تكن مؤبَّرةً فقولان ، سواء كانت موجودةً حالةَ [٢] العقدِ أو وُجِدتْ بعده إذا بقيتْ عند الآخذ غير مُؤبَّرةٍ :

أحدهما : يأخذه الشفيعُ ؛ لأن ما يتبع في العقد يتبع في الشفعة ، كأغصانِ الشجر [٣] .

والثاني : لا ؛ لأن الأغصانَ تبقى في معنى الثوابتِ بخلافِ الثمار .

وأما [٤] قولنا : « يُجبر فيه على القسمة » ، احترزنا به عن الحَمَّام ، والطاحونة ، والبِئْر التي [٥] يُسقى بها النَّواضِح إذا [٦] كانت صغيرة [٦] : فلا شُفْعَةَ فيها [٧] ، إِذْ ليس فيها [٨] ضِرارُ مؤنةِ القسمة ، وتضييقِ المرافق ، وهو مناطُ الشُّفْعة ، ولأجله لم تَثْبُتْ للجار .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « حال » .

(٣) قيل : وجهان أو قولان . وهذا الأول هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٦٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٦ ، ١٩٧) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « فأما » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (ب) : « الذي » .

(٦) في (أ) : « كان صغيرًا » .

(٧) في (أ) : « فيه » .

(٨) في (أ) : « فيه » .

وقال ابن سُريج : تَثْبتُ فيه الشفعةُ ؛ لضرارِ المداخلة على التأْبِيد .

ونعني بالمنقسم : ما تَبْقى منفعتُه بعد القسمة ولو على تَضَايُقٍ ، فيبقى حمامًا [فيه] [١] / وطاحونة [٢] .

١٠٨/أ

وقيل : المعنى [٣] أن يبقى فيه [٣] منفعةٌ ما ، ولو للسُّكُون .

وقيل : أن تبقى تلك المنفعةُ من غير تضايقٍ ، كالدار الفَيْحاء ، وعَرَصَةِ الأرض .

والوجهان بعيدان .

فروع [ثلاثة] [٤] :

أحدها : من له في [٥] الدار الصغيرة عُشْرُها ليس له إجبارُ صاحبِه على القسمة ؛ لأنه تَعنُّتٌ من غير فائدة ، فلا يُجبر صاحب العُشْر على القسمة ، ولصاحب الكثير غرض ؟ [فيه] [٦] وجهان [٧] ؛ فإن مُنع : فلا شُفعةَ من الجانبين .

الثاني : الأشجار إذا بِيعت مع قرارها دون البياض المتحلل بينهما - في ثبوت [٨] الشفعة للشريك فيها ، وكذا الجدار العريض إذا بيع مع الأس - وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه بِيع مع الأرض ، فصار كالبائع والدار .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٧١) .

(٣) في (ب) : « فيه أن يبقى » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة من (ب) : « من » ، والمثبت من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) قال في الروضة : « ولو اشترك اثنان في دار صغيرة ، لأحدِهما عُشْرُها وللآخرِ باقيها ، فإن أثبتنا الشفعةَ فيما لا ينقسم ، فأيهما باع فلصاحبِه الشفعةُ ، وإن منعناها فباع صاحبُ العُشْر ، فلا شفعةَ لصاحبه ، وإن باع صاحبُ الكبير ، فلصاحبه الشفعةُ على الأصح تفريعًا على الأصح : أن صاحب الأكثر يُجَاب إلى القسمة » . روضة الطالبين : (٥ / ٧١) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) « وثبوت » ، والمثبت من (أ) .

والثاني : لا ؛ لأن الأرضَ فيه تَبعٌ ، والمتبوعُ منقولٌ ، والعبرةُ للمتبوع لا للتابع [1] .

الثالث : دارٌ سُفْلُها لواحدٍ ، وعُلْوُها مُشتَرَك :

إن كان السقفُ لصاحب السُّفْل فلا شفعةَ في العُلُوّ ؛ لأنه لا أرض له ؛ فلا ثبات ، وإن كان السقفُ لشركاء العُلُوّ فوجهان .

ووجْهُ المنعِ : أنه لا أرضَ له ، والسَّقفُ لا ثبات له [2] .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٧٠) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٧٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٧) ، نهاية المحتاج : (٥/ ١٩٧) .

الركن الثاني : الآخذ

وتثبت (١) الشفعةُ لكلِّ شريكٍ في الدار ، وإن كان كافرًا ، إلا إذا كانت شركتُه بالوقف ، فإن قلنا : لا يملكه (٢) الموقوف ، فلا شفعة .

وإن قلنا : يملك ، فوجهان مَبْنيان على أنه هل يُقسَّم (٣) الوقفُ والمِلْك (٣) (٤) ؟

ولا تثبت للجار ، وإن كان ملاصقًا ، وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يَثْبُتُ للجار [و] (٥) وإن لم يكن شريكًا (٦) .

وقيل : للشافعي - رضي اللّه عنه - قولٌ مثلُه (٧) ، وحُكِيَ عن ابن سُرَيْج ، وهو غير صحيح .

نعم ، لو قَضَى حَنَفِي لشَفْعَوِيٍّ (٨) به ، فهل يحلُّ له باطنًا ؟ فيه وجهان (٩) .

فرع :

الشريك في الممرِّ إذا لم يكن شريكًا في الدار ، لا شفعة له في الدار ،

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « وثبتت » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « لا يملك » . (٣) في (أ) : « الملك والوقف » .

(٤) المذهب : أنه لا شفعة لمستحق الوقف . انظر : الروضة : (٥ / ٧٤) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك في رقبة العقار ، ولا شفعة للجار غير الشريك ، سواء كان ملاصقًا أو مقابلًا .

ومذهب الحنفية : أن الشفعة تثبت للجار مطلقًا سواء كان شريكًا أو لم يكن ، وهي تثبت أولًا للشريك الذي لم يُقاسم ، ثم يليه الشريكُ الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق ، ثم الجار الملاصق . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٠) ، مختصر الطحاوي : (١٢٠) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤ / ٣٤٩) ، شرح فتح القدير : (٩ / ٣٦٩ ، ٣٧٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٥٦) .

(٧) في (أ) : « قول قديم » . (٨) في (أ) : « لشافعي » .

(٩) والأصح : أن قضاء الحنفي بشفعة الجوار لا يحلها باطنًا لشافعيّ المذهب . انظر : الروضة : (٥ / ٧٢) .

وإذا[1] بِيع المَمر وهو مملوكٌ منسدّ الأسفل ؟ فإن لم يَقبل القسمةَ - أي لا يَصلح للممرّ بعد القسمة - فلا شُفْعةَ على المذهب .

وإن كان يَنقسم ، نُظر[2] : فإن كان للمشتري [في غير المأخوذ] [3] طريقٌ آخر إلى داره سوى المَمر ثَبتَت[4] الشفعة ، وإن لم يكن فثلاثةُ أوجهٍ :

أحدها : لا ؛ لأن فيه ضررًا بالمشتري في غير المأخوذ بالشفعة[5] .

والثاني : أنه يثبت ؛ لأن حقَّ الممر تابعٌ .

والثالث : أنه إن أراد الأخذَ وَجَبَ له تجويزُ الاختيارِ للمشتري جَمْعًا بين الحقَّيْن ، وإن أَبى ذلك فلا شُفْعةَ له .

---

(١) في (أ) : « فإذا » .

(٢) في (أ) : « نظرت » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « تثبت » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٧٢ ، ٧٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٨) ، نهاية المحتاج : (٥/ ١٩٩) .

الركن الثالث : المأخوذ منه

وهو كلُّ من استفاد المِلْكَ اللازمَ بمعاوضةٍ في الشَّقص المُشاع .

أما « المعاوضة » : فقد احترزنا بها عن الهِبة ، فلا شُفعةَ فيها ، كما في الإِرْث ؛ لأنه لا عِوَضَ حتى يُؤخذ به .

وقال مالك – رحمه اللّه – : يُؤخذ بقيمته [١] . وحوينا فيه الشَّقْص إذا جُعل أُجْرة في إِجارة ، أو صَداقًا في نِكاح ، أو عِوَضًا في خُلْع ، أو كِتابة ، أو صُلْح [٢] عن دَمٍ ، أو متعة [٣] ، فيؤخذ بالشفعة بقيمة مقابله ؛ فإن الشرع قد قَوَّم جميع ذلك .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : لا يُؤخذ إلا المبيع [٤] .

وقولنا : « بمعاوضة » احترزنا به عن الملك العائد بالإقالة والردّ بالعيب ، فإنه لا يُؤخذ بالشفعة ، كما إذ أسقط [٥] الشفيع حتى باع المشتري وعاد إليه بإقالة [٦] ، فلا يتجدد الحقُّ ؛ لأن العائد هو ملك [المشتري بذلك] [٧] الشراء ، فليس حاصلًا بخروج

---

(١) **مذهب الشافعية** : أنّ الشفعة لا تثبت إلا في المعاوضات ، فإن ملك بإرث أو هبة أو وصية فلا شفعة .

ومذهب المالكية : أنه لا تثبت الشفعة في الإرث ، وفي الهبة قولان : قيل : تجب الشفعة ، وقيل : لا تجب ، وإن كانت هبةً بشرطِ الثواب ثبتت فيها الشفعةُ . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٩٩) ، القوانين الفقهية : (٢٩٢) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٤٨٢) .

(٢) في (أ) : « صلحًا » . (٣) في (أ) : « منفعة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنّ الشفعة تجب في المعاوضات كالبيوع ، وكذلك تثبت الشفعة إذا جُعل الشقصُ أجرةً ، أو جُعْلًا ، أو رأس مال في سَلَمٍ ، أو صداقًا أو متعة ، أو عوض خلع ، أو صلحًا عن دم أو مال ، أو جعله المكاتب عوضًا عن النجوم .

ومذهب الحنفية : أنّ الشفعة لا تجب في المعاوضات إلا فيما هي معاوضة بمال ، فإذا كان العوض ليس بمالٍ كالنكاح ، والخلعِ ، والإجارة ، والصلح عن دم : فلا تجب الشفعة ، ولا تجب في غير المعاوضات مطلقًا .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٨ ، ٢٩٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٠) ، مختصر الطحاوي : (١٢١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٦٠) .

(٥) في (أ) : « سكت » . (٦) في (أ) : « بالإقالة » .

(٧) زيادة من (أ) .

الثمن عن ملكه على طريق الرَّدّ .

وقولنا : « لازم » احترزنا به عن المبيع في زمان الخيار إذا كان الخيار للبائع لم يؤخذ ؛ إذ لا سبيل إلى البائع للشفيع .

وإن كان للمشتري وحده فطريقان [١] :

أحدهما : أنه لا يؤخذ ؛ لأنّ العقد لم يَسْتقِرَّ بعدُ ، وربما قلنا : لا ملك له .

والثاني : أنه يُخَرَّج على القولين في أنه لو وَجَد به عيبًا فهو أولى بالرد [على البائع] [٢] أو الشفيع بالأخذ ؟ فيه قولان :

أحدهما : الشفيع أولى ؛ لأنّ حقَّه ثابتٌ بالعقد ، ولا ضرر عليه إذا سلم له كمال الثمن [٣] .

والثاني : المشتري أولى ؛ إذ [لا] [٤] يَحِقُّ [٥] للشفيع إلا بعد العقد ،وربما يكون للمشتري غرضٌ في عينِ ثمنِه .

فإن قلنا : الشفيع أولى ، فلو حضر بعد الردّ ففي رَدِّه [٦] الردُّ وجهان .:

فإن قلنا : يرد ، فهو بطريق تبين البطلان ، أو بطريق الإنشاء في الحال ؟ فيه وجهان [٧] : ويقرب من هذا أن الشقص المشفوع إذا كان صادقًا ، وهمّ الشفيع بأَخْذِه ،

---

(١) الأظهر : أن له الأخذ بالشفعة إن قيل : إن الملك في زمن الخيار للمشتري ، وإن قيل : إن الملك للبائع ، أو موقوف ، فالأصح : أنه لا يأخذ بالشفعة . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٠) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ٧٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٩٩) ، نهاية المحتاج (٥ / ٢٠٠) .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « حق » .

(٦) كلمة : « رَدِّه » ليست في (أ) .

(٧) قال في الروضة : « ولو رَدَّه بالعيب قبل مطالبة الشفيع ، ثم طلب الشفيع ، فإن قلنا : المشتري أولى عند اجتماعهما فلا يُجاب ، وإلّا فيُجاب على الأصح ، ويفسخ الردّ . أو نقول : تبيَّنًا أنّ الردَّ كان باطلًا » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٥ ، ٧٦) .

فطلق الزوجُ قبل المسيس ، قال أبو إسحاق المروزي : الزوج أولى ؛ لأنّ سببه سابق .

وقال ابن الحداد : لو أفلس مشتري المشفوع بالثمن ، فالشفيع أولى بالأخذ من البائع بالرجوع .

فقال الأصحاب [1] : هما جوابان متناقضان ، ففي المسألتين للشيخين وجهان [2] .

فإن قلنا في مسألة الإفلاس : الشفيع أولى ، فالبائع هل يختص بالثمن ؟ فيه وجهان .

واختيار ابن الحداد : أنه يُضَارب ؛ لأن حقه قد بطل [3] .

فروع عشرة :

الأول : [إذا] [4] اشترى ذميٌّ شقصًا مشفوعًا من ذميٍّ بخمر ، وفيه لمسلمٍ أو ذميٍّ شركةٌ ، فلا يحكم بالشفعة ؛ لأن الشراء الفاسد لا يُفيد الملكَ ، فملكه قائم .

ولو أخذ الذميُّ ثمنَ خمرٍ وسلَّمه عن الجزية لم نَقْبَلْه إذا رأينا ذلك ، وإن لم نره واعترف به ، ففيه وجهان :

ووجه الجواز : أنه لا اعتمادَ على قولهم .

الثاني : سلم العبد عن نجوم الكتابة شقصًا ، ثم رُدَّ إلى الرق ، ففي بطلان حق الشفعة وجهان من حيث إنه كان عوضًا أولًا ، ثم خرج عن كونه / عوضًا [5] . ١٠٨ / ب

الثالث : أوصى لمستولدته بشقص [6] إنْ خَدَمت أولادَه شهرًا ، ففي الشفعة

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « للأصحاب » ، والمثبت من (أ) .

(٢) وأصحُّ هذين الوجهين في المسألتين : أنّ الشفيعَ أولى . انظر : الروضة : (٥ / ٧٦) .

(٣) واختيار ابن الحداد هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٧٦) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) وأصح هذين الوجهين : أنه يبطل حق الشفعة لخروجه عن العوض . انظر : الروضة : (٥ / ٧٨) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بدار » ، والمثبت من (أ) .

وجهان ؛ لأنه مردد [١] بين الوصية والمعاوضة [٢] .

الرابع : العبد [٣] المأذون ، له الأَخْذُ بالشفعة إن [٤] كان شريكًا ؛ لأنه من التجارة ، وإن [٥] عفا لم يسقط حقّ سيده ، وإن [٦] عفا سيده لم يكن له الأخذ وإن كان بعد إحاطة الديون به .

الخامس : الوصيُّ إن [٧] اشترى للطفل شقصًا وهو شريك فله أخذه ، وإن باع فأخذ من المشتري لم يجز ؛ لأنه مُتَّهَمٌ فيه ، فكأنه يبيعه [٨] من نفسه ، وللأب ذلك ؛ لأنه يبيع من نفسه ، فهذا لا يزيد عليه .

وقيل : إنه يحتمل التجويز في الموضعين ؛ لأن الغبطة لا تخفى .

والوكيلُ بالبيع ، هل يأخذ ما باع بالشفعة ؟ فيه وجهان :

ووجه [٩] المنع : التهمة ، والأصح الجواز .

السادس : يجب على الأب أن يأخذ بالشفعة لطفلِه إذا كان فيه مصلحة ، فإن لم يفعله فعله القاضي ، فإن [١٠] أسقط الأبُ الشفعةَ كان للصبيّ الطلبُ بعد البلوغ . وإن [١١] بِيع [بشيء فيه غبطة للصبي] [١٢] ، ففي وجوب الشراء وجهان .

---

(١) في (أ) : « متردد » .

(٢) وأصح هذين الوجهين : أنه لا تثبت الشفعة ، لأنه وصيةٌ مُعتبرة من الثلث . انظر : روضة الطالبين : (٥/٧٨) .

(٣) كلمة : « العبد » ليست في (ب) .

(٤) في (أ) : « إذا » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « لو » .

(٨) في (أ) : « يبيع » .

(٩) في (ب) : « وجه » .

(١٠) في (أ) : « وإن » .

(١١) في (أ) : « فإن » .

(١٢) زيادة من (أ) .

والفرقُ : أن الشفعة تثبت ، وفي الإهمال [١] تفويتٌ ، والتفويت ممتنع وإن لم يكن الاكتسابُ واجبًا .

السابع : إذا كان المشتري أحدَ الشركاء في الدار ، فلا يُؤخذ الجميع منه ، بل يترك عليه ما كان [٢] يخصه لو لم يكن مشتريًا .

وقال ابن سريج : يُؤخذ الكل ؛ لأنه يؤدي إلى أن يأخذه بالشفعة [٣] من نفسه ، وهو محالٌ ، والشراء لا يوجب ملكًا لازمًا في المشفوع ، فليؤخذ ، والمذهبُ الأولُ .

الثامن : حكى القفال عن ابن سريج : [أنه قال :] [٤] أن عامل القراض إذا اشترى بمال القراض شقصًا ، للمالك فيه شركة ، فله الأخذ ، ثم أنكر القفال [٥] وقال : كيف [٥] يأخذ ملكَ نفسهِ؟

وفيه احتمال من حيث إن العامل يستحق بيعه لينضَّ المال [٦] وفي ذلك إضرار به ، فله دفع هذا الضرر ، كما لَه دَفْعُ ضررِ أصل الملك .

التاسع : إذا باع المريضُ شقصًا يساوي ألفين بألف من أجنبي ، و [ثلثُ] [٧] مالِه وافٍ به ، ولكن الشفيع وارث ، فلو [٨] أخذه لوصلت المحاباة إليه ، ولصار ذلك ذريعةً : ففيه خمسة أوجه :

أحدها : يصحّ ، ولا [٩] يثبت الشفعة حذارًا [١٠] من وصول المحاباة ، والشفعة على

---

(١) في (أ) : « الإمهال » .

(٢) قوله : « كان » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « الشفعة » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « قال : وكيف » .

(٦) في (أ) : « الثمن » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « ولو » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « فلا » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في الأصل : « حذرًا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

الجملة تسقط بأعذار ، فهذا من جملتها [1] .

والثاني : يصحّ ، وتثبت الشفعة ، وتكون المحاباة من المريض مع الأجنبي لا مع الوارث ، وحَسْمُ الحيلِ غير ممكن [2] .

والثالث : لا يصحّ البيع ؛ إذا لو صح لاستحال [3] نفيُ الشفعةِ واستحال إثباتُها أيضًا ، وما أدى إلى محال فهو محالٌ .

والرابع : أن هذه الإحالة في النصف ، فيصحُّ البيع على النصف بألف ، وتبطل في الباقي .

والخامس : أن الإحالة في حق الشفيع ، فيأخذ النصف بألف ، ويترك الباقي على المشتري .

العاشر : تساوق رجلان إلى مجلس الحكم ، [و] [4] هما شريكان في دار ، يزعم كل واحد [منهما] [5] أنه السابق في الشراء ، وأنه يستحق نصيب الآخر بالشفعة : فيعرض [6] اليمين [7] عليهما ، فإن تحالفا أو تناكلا : تساقط قولهما . وإن حلف أحدُهما : أَخذ نصيب الآخر .

وإن أقام كلٌّ واحد بينةً ، نظر إلى التاريخ ، فإن أَرَّخا بيومٍ واحد فوجهان :

أحدهما : يتساقطان ، فكأن لا بينةَ [على الآخر] [8] لأنه لا فائدة .

الثاني : أنه يحكم بهما ، ويُقَدَّر جريانُ العقدين معًا ؛ فلا شفعة لأحدِهما على الآخر ؛ إذ ليس أحدُهما قديمًا بالإضافة إلى الآخر [9] .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « جملته » ، والمثبت من (أ) .

(٢) هذا الوجه الثاني هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٨٢) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « استحال » ، والمثبت من (أ) . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) . (٦) في (أ) ، (ب) : « فتَعْرِض » .

(٧) كلمة : « اليمين » ليست في (ب) . (٨) زيادة من (ب) .

(٩) قال في الروضة : « ولو عَيَّنَتِ البينتانِ وقتًا واحدًا ، فلا منافاةَ ؛ لاحتمالِ وقوع العقدين معًا ، ولا شفعة لأحدٍ منهما ؛ لوقوعِ العقدين معًا . وفي وجه : تَسْقُطَانِ . والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٨٣) .

الباب الثاني : في كيفية الأخذ وحكم المأخوذ [منه] [1]

(وفيه ثلاثة فصول)

[الفصل] [2] الأول : فيما يحصل به الملك

ولابد من رضا الشفيع ؛ فإنه غير مجبر ، ولا يُشْترط رضا المشتري ، فإنه مقهور ، ولا يكفي قول الشفيع : أخذتُ وتملكتُ وأنا طالب ، بل يحصل الملك [3] بأمرين [4] :

أحدهما : بَذْل الثمن .

والآخر : تسليم [5] المشتري الشقصَ إليه راضيًا بذمته .

فإن وُجِدَ الرضا دون تسليم الشقص والثمنِ ، فوجهان :

أحدهما : يحصل ؛ لأنه معاوضة ، فبعد التراضي لا يُشْترط القبض [6] .

والثاني : لا ؛ إذْ لا عبرةَ برضا المشتري وهو مقهورٌ ، فلابد من أمرٍ زائدٍ ، وهو تسليم الشقصِ أو أَخْذُ الثمنِ .

ولو رفع الشفيعُ الأمرَ إلى القاضي وطلب [7] ، وقضى له القاضي ، ففي حصول الملك وجهان [8] .

ولو أشهد على الطلب ، ولم يَقْضِ القاضي ، فوجهان مرتبان ، وأولى بأنْ لا يحصل . ثم إنْ

---

(1) زيادة من (أ) .

(2) زيادة من (أ) .

(3) كلمة : « الملك » ليست في (أ) .

(4) في (أ) : « بأحد أمرين » .

(5) في (أ) : « أن يُسلم » .

(6) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٨٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٠) .

(7) في (أ) : « فطلب » .

(8) وأصح هذين الوجهين هو حصول الملك . انظر : الروضة : (٥ / ٨٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٣) .

قصَّر في تسليم الثمن بطل ملكُه بطريق التبين [له] (1) أم (2) بطريق الانقطاع ؟ فيه وجهان .

هذا إن (3) رضي المشتري ، فإنْ أبى إلا أَخْذَ الثمن ، فهل يبقى خيارُ الشفيع إلى أنْ يسلم الثمن ؟ فيه وجهان ، والأظهر : أن الملك لا يحصل بالقضاء والإشهاد .

وإن حصل ، فلا يبقى الخيار ، ويمتنع التصرف على المشتري وفاءً بتحصيل الملك ، وعلى الأحوال [كلها] (4) فللمشتري حَبْسُ الشقص إلى تسليم الثمن ، بخلاف البائع فإن فيه أقوالًا ؛ لأنه رضي بزوال الملك .

فرع :

هل تلتحق معاوضةُ الشفيع (5) بالبيع في ثبوت خيار المجلس من جانب الشفيع بعد التملك ؟ فيه وجهان ذكرناهما في أول البيع (6) .

ووجه الفرق : أن إثبات خيار المجلس من أحد الجانبين بعيد . ولا خلاف في أن خيار الشرط لا يثبت .

وكذا الخلاف في أنّ تصرف / الشفيع قبل القبض وبعد التملك هل ينفذ (7) ؟ ١٠٩/أ

ووجه الفرق : أنّ ملك الشفعة كأنه ملك بناء قهري يُضَاهي الإرثَ ، بخلاف البيع . وكذا ثبوت (8) الملك بالشفعة فيما لم يُر ، فيه خلاف مرتب على البيع ، وأولى بالثبوت .

فإن أثبتنا الملكَ ، فله الخيار عند الرؤية ، وللمشتري الامتناعُ عن قبول الثمن إلى أنْ يراه الشفيع ؛ فإنه لا يثق بالتصرف في الثمن .

(1) زيادة من (أ) .
(2) في (أ) : « أو » .
(3) في (أ) : « إذا » .
(4) زيادة من (أ) .
(5) في (أ) : « الشفعة » .
(6) قال في الروضة : « يثبت خيارُ المجلس للشفيع على الأصح المنصوص ، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقتِه المجلسَ . وهل ينقطع بأنْ يفارقه المشتري ؟ وجهان . قلتُ : الذي صححه الأكثرون : أنه لا خيارَ للشفيع ، وممَّنْ صححه صاحبُ « التنبيه » والفارقي ، والرافعي في « المحرر » وقطع به البغوي في كتابيه « التهذيب » و « شرح مختصر المزني » ، وهو الراجح أيضًا في الدليل ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٨٥) .
(7) الأصح : أنه لا ينفذ . انظر : الروضة : (٥ / ٨٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠١) .
(8) كلمة : « ثبوت » ليست في (أ) .

الفصل الثاني : فيما يبذل من الثمن

وفيه مسائل :

الأولى : أن الشفيعَ يأخذ الشِّقْصَ بما بذله المشتري ، إن كان مِثليًّا فبمثله ، وإن كان مُتقوَّمًا فبقيمتِه يومَ العقد ليُجبر ما فات عليه إذا أَخذ ما حصل له .

وإذا [١] كان الثمنُ مائةَ منًا [٢] من الحِنطة : قال القفَّال والأئمة : يُكال ويُسَلَّم مثله كَيْلًا ، فإن المماثلةَ في الرِّبويات بمعيار [٣] الشرع .

وطَردوا هذا في إِقراض الحِنْطة بالوزن ، ومنعوه .

وقال القاضي : يَكْفى الوزن في مسألتنا [٤] ، إذِ المبذولُ في مقابلة الشِّقْص وقدرِ الثمن معيارُه لا عِوَضُه ، وكذا في القَرْض ، فإنه لو كان معاوضة لَشُرِطَ التقابضُ في المجلس .

الثانية : اشترى شقصًا بألفٍ إلى سنة ، فثلاثة أقوال : الجديد - وهو الأصح [٥] - : أن الشفيع يتخير [٦] بين أن يُعَجل الألف ويأخذ ، أو يؤخر إلى حلول الأجل فيأخذ ويسلّم بعد الحلول ؛ إذ إثبات الأجل عليه يَضُرّ بالمشتري ، فإنه قد لا يرضى بذمته .

وعلى هذا ، إنْ أَخّر وأَشْهد [٧] على الطلب لم تبطل شفعتُه . وإن لم يُشْهد فوجهان ، ووجْهُ بقاء الشفعة : أنه معذور .

ولو مات المشتري وحَلّ عليه الدَّين لم يُحَلْ على الشفيع ، لأنه حيٌّ ، فهو كضامنِ لدَيْنٍ مؤجل مات المضمونُ عنه .

---

(١) في (أ) : « وإن » .
(٢) في (أ) : « مَنٍ » .

(٣) في (ب) : « معيار » .

(٤) وهذا الأصح . انظر : مغني المحتاج : (٢ / ٣٠١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٤) .

(٥) ذكر في الروضة أنه الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٨٧ ، ٨٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠١) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « يخير » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « فأشهد » .

والقول الثاني حكاه حَرْمَلَةُ : أنه يملك الشفيع بثمن في ذمته مؤجل ، كما لو [١] ملكه المشتري ، ثم إن كانَ مَلِيًّا ، أو [٢] كان له كفيل ، سلم إليه الشقص ، وإلا فلا ، وهو مذهب مالك [٣] .

ومن الأصحاب مَنْ لم يشترط الكفيل واليسار ، وقال : هو كالمشتري .

الثالث – حكاه ابن سُريج – : أن الشفيع يأخذ في الحال بعوض يساوي ألفًا إلى أجل ، إذِ التأخيرُ إضرارٌ ، وتكليفُه [٤] النقدَ إضرارٌ ، وتنقيصُ النقد عن المبلغ وقوعٌ في الربا ، فهذا هو الأقرب .

الثالثة : إذا اشترى شَقْصًا وسيفًا بألف ، وقيمةُ السيف مائةٌ ، وقيمةُالشَّقْصِ مائتان ، أخذ الشَّقْص بثلثي الألف ، وترك السيف بالباقي ، ثم لم يكن للمشتري خيارُ التبعيض ؛ لأنه دخل [٥] على بصيرةٍ من الأمر .

ولو انهدم [٦] الدار قبل الأخذ ؟ نقل المزني : أنه يأخذ بكل الثمن [٧] ، ونقل

---

(١) قوله : « لو » ليس في (أ) . (٢) قوله : « أو » ليس في (أ) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن من اشترى نصيبًا تجب فيه الشفعة بدين – كأن اشترى شقصًا بألف إلى سنة مثلًا – وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ، ففيه ثلاثة أقوال :

أظهرها : أن الشفيع يتخيّر ، إن شاء عجل الثمنَ وأَخذ الشقصَ في الحال ، وإن شاء صبر إلى أنْ يحلّ الأجل ، فحينئذٍ يبذل الألفَ ، ويأخذ الشقص ، وليس له أن يأخذ بألفٍ مؤجل .

والثاني : أن الشفيع له الأَخذُ بألفٍ مؤجل إن كان مَلِيًّا ، أو لم يكن وكان له حميل مليّ ثقة فيسلم إليه الشقص ، وإلا فلا . وهذا هو مذهب المالكية .

والقول الثالث : أن الشفيع يأخذ بعوض يُساوي ألفًا إلى سنة . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٨٧ ، ٨٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٦) ، الكافي : (٤٤٣) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٤٧٨) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « تكليف » ، والمثبت من (أ) .

(٥) كلمة : « دخل » ليست في (أ) . (٦) في (أ) : « انهدمت » .

(٧) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٥٢) .

الربيع : أنه يأخذ بحصته . فاختلف [1] طرقُ الأصحاب في تنزيل النصين ، والأقربُ من جملة ذلك : أنه إن ارتَجّت الدار ولم ينفصل منها شيء فهو عيبٌ محض ، فيأخذ بكل الثمن كما يأخذ المشتري المبيعَ قبل القبض إذا تعيَّبَ .

وإن انهدم نُظر ، فإنْ فات بعضُ العرصة بسيلٍ يغشاه [2] مع بعض البناء ، أخذ الباقي بحصته .

فإن [3] كان جميع العرصة باقيةً ، نُظِرَ ، فإنْ تلف بعض [4] النقض ، فيبني على [5] أن السقوف [6] من الدار ، كاليد من العبد ؟ أو كأحد العبدين في مقابلته بقسطه [7] من الثمن ؟ فيه قولان :

فإن قلنا : كاليد ، فهذا [8] تعيُّبٌ ، فيأخذ بالكل ، كما قاله المزني .

وإن قلنا : كأحد العبدين ، فيأخذ الباقي بحصته [9] .

وإن كان النقض قائمًا ، فقد صار منقولًا في الدوام ، ولا [10] شفعة في المنقول ، ففي بقائه في الاستصحاب قولان ذكرناهما ، ويدل عليهما هذه النصوص [11] .

فإن قلنا : يُؤخذ النقض ، فيؤخذ الجميع بكل الثمن ، إذ يبقى الانهدامُ عيبًا مَحْضًا .

وإن قلنا : لا يؤخذ النقض ، وجعلناه كأحد العبدين ، أخذ الباقي بحصته .

وإن قلنا : إنه كاليد ، احتمل القولين ، إذ يبعد أن يفوز المشتري بشيء مجانًا .

---

(١) في (أ) : « واختلف » .

(٢) في (ب) : « تغشاه » .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) كلمة : « بعض » ليست في (أ) .

(٥) قوله : « على » ليس في (أ) .

(٦) في (ب) : « السقف » .

(٧) في (أ) : « بقسط » .

(٨) في (ب) : « فهو » .

(٩) هذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٨٩) .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « فلا » .

(١١) أظهر هذين القولين : أن الشفيع يأخذ النقض . انظر : الروضة : (٥ / ٨٩) .

وكذا الخلاف لو تلف النقض بجناية أجنبيٍّ وحصل الغرم للمشتري .

الرابعة : إذا اشترى الشقصَ بألف [(١)] ، ثم انحطت مائة [(٢)] : فللحطِّ أربعةُ أسباب :

الأول : أن يكون بإبراءِ البائع ، فإن كان بعد اللُّزوم فهو مسامحةٌ مع المشتري لا يلحق الشَّفيع ؛ خِلافًا لأبي حنيفة رحمه الله [(٣)] .

وإن كان في زمان الخيار : فالأظهرُ أنه يلحقه .

وقال العراقيون : يَنْبني [(٤)] على أقوال المِلْك ، فإن قلنا : الخيار لا يَمْنع المِلْكَ فيصح الإِبْراءُ ، وفي اللُّحوق بالعقد والشفيع وجهان .

وإن قلنا : يمنع المِلك ، فلم يستحق البائعُ [(٥)] الثمنَ ، ففي نفوذ الإِبراء خلافٌ ، فإنْ صَحَّ فيلحق الشفيع . والأصح : صحة الإبراء واللحوق ؛ لأنه [يمكنه] [(٦)] في الابتداء [أن] [(٧)] تصير الزيادة وسيلة إلى دفع الشفعة ، فيباع بأضعاف الثمن ويبرأ في المجلس .

السبب الثاني : أن يجد البائع بالثمن عيبًا .

فإن كان الثمنُ عبدًا ، فإن رَدَّه قبل أَخْذِ الشفيع فهو أولى أم [(٨)] الشفيع ؟ فيه قولان

---

(١) في (أ) : « بحائة » . (٢) في (أ) : « عشرة » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه إذا حَطَّ البائعُ عن المشتري بعضَ الثمن - وكان ذلك بعد لزوم العقد - فإن هذا يكون مُسامحةً من البائع للمشتري ولا يَستفيد الشفيعُ من هذا الحطّ . وكذلك الحال بالنسبة للزيادة في الثمن بعد اللزوم ، وسواء حط الكل أو البعض .

ومذهب الحنفية : أنه إذا حط البائعُ عن المشتري بعضَ الثمن ، فيسقُط ذلك الجزء من الثمن عن الشفيع ، وإن حطّ جميعَ الثمن فلا يَسْقط عن الشفيع ، وإذا زاد المشتري البائعَ في الثمن فلا تلزم الزيادةُ الشفيعَ . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٠) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤٦) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٦٥ ، ٦٦) .

(٤) في (أ) : « يُبْتَنى » .

(٥) كلمة : « البائع » ليست في (ب) . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

مرتَّبان على المشترِي إذا أراد ردَّ الشقص بالعيب .

والأَوْلى ها هنا تقديمُ البائع ، فإنه لا حقَّ للشفيع عليه ، ولم يُسلَّم له العبد [1] .

وإن [2] وجد العيب بعد أَخْذ الشفيع ، فالصحيحُ : أن الشفعةَ لا تنقض [3] .

ولكنْ يردُّ العبدَ ويرجع إلى قيمة الشَّقْص ، فإن كان تسعمائة ، أو كان/ألفًا ١٠٩/ب ومائة ، فهل يجري التراجع من [4] الشفيع والمشتري بالزيادة والنقصان ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الشفعةَ بناءٌ على العقد ، وهذا أمرٌ حادث [5] .

والثاني : نَعم ، يرجع الشفيعُ على المشتري إن نقص ، والمشتري على الشفيع إن [6] زاد ، إِذْ صار هذا مقام الشقص به على المشترِى .

السبب الثالث : المسألة بحالها ، وقد طرأ على العبد عَيْبٌ حادِث منع الردَّ ، فطالبَ البائعُ المشتريَ بالأَرش ، فقد [7] استمر بمقدار [7] الثمن .

فإن رضي بالعيب ، فهل يُقتصر من الشفيع بقيمة [8] المعيب ؟ فيه وجهان [9] من

---

(١) الأظهر عند الجمهور : أنَّ الأولى تقديمُ الشفيع ، وما ذكره الغزالي محكي عن الإمام طريقًا جازمًا . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٧٥ ، ٧٦ ، ٩٠) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) وهذا هو المشهور . انظر : الروضة : (٥ / ٩٠) .

(٤) في (أ) : « بين » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٩٠) .

(٦) في (ب) : « إذا » .

(٧) في (أ) : « استقر مقدار » .

(٨) في (أ) : « على قيمة » .

(٩) قال في الروضة : « ولو رضي البائعُ ولم يردَّه ، ففيما يجب على الشفيع وجهان :

أحدهما : قيمة العبد سليمًا .

والثاني : قيمتُه معيبًا ، حتى لو بذل قيمة السليم ، استرد قِسْطَ السلامة من المشتري ، وبالأول قطع البغوي ، وغلَّط الإمامُ قائلَه » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩١) .

حيث إنه قد يُظنُّ أن هذه [1] مسامحةٌ مع المشترِي على الخصوص .

السبب الرابع [2] : أنْ يجد المشتري [3] عيبًا بالشقص [3] :

فإن كان بعد أَخْذ الشفيع : فلا ردّ له ولا أَرْش ؛ لأنه روّج على غيره كما روّج عليه ، إلا [4] أن يرد الشفيع عليه بالعيب ، فعند ذلك له الردُّ على البائع .

فإنْ وجد العيب قبل أَخْذِ الشفيع وقد حَدَث به عيبٌ مانع ، فاستردَّ الأرش ، فهذا يلحق الشفيع قطعًا ؛ لأنه موجب العقد في عين الشقص .

ولو [5] تصالحا على عوضٍ - وصُحِّحَ الصلح - : ففي لحوق ذلك بالشفيع وجهان [6] ؛ إذ قد يظن أنه عوضٌ عن حق الخيار .

الخامسة : إذا اشترى بكفٍّ من الدراهم مجهولة [7] المقدار : نصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على سقوط الشفعة ؛ إذِ الأَخْذُ بالمجهول غير ممكن [8] .

نعم ، لو ادعى على المشتري العِلْمَ به ، فيحلف على نَفْي العلم .

وقال ابن سريج : لا تسقط [9] الشفعة ، بل يُعَيِّنُ الشفيعُ قدرًا ويحلف المشتري عليه ، فإنْ أَصَرَّ على قوله : لاأعرف ، جُعل ناكلًا ، وحَلف [10] الشفيعُ .

فإن حلف على مقدارٍ يُظَنّ [11] أنه صَدَق [11] فيه ، فقد استحق .

(١) في (أ) : « هذا » .
(٢) كلمة : « السبب » ليست في (أ) .
(٣) في (ب) : « بالشقص عيبًا » .
(٤) في (أ) ، (ب) : « إلى » .
(٥) في (أ) : « فإن » .
(٦) أصح هذين الوجهين : أنه يلحق بالشفيع . انظر : الروضة : (٥ / ٩١) .
(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « مجهول » ، والمثبت من (أ) .
(٨) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٢) .
(٩) في (ب) : « يسقط » .
(١٠) في (أ) : « ويحلف » .
(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « له » ، والمثبت من (أ) .

وإن حلف المشتري على [1] أن ما عَيَّنَه الشفيعُ هو دون ما اشتراه به [2] ، ولكنه لا يَدْري قَدْرَ الزيادة ، فيقال للشفيع : زِدْ وادَّعِ ، إلى أن يحلف المشتري أو يَنْكُل ، وهو كما لو ادعى ألفًا على إنسانٍ دَيْنًا ، فقال المدعى عليه : لا أدري مقدارَه ، فإنه لا يُسمع ، بل يُجعل ناكلًا إن استمرَّ عليه . والمذهب : الأول [3] .

السادسة : الشفيع يُسلِّم الثمنَ إلى المشتري ، والمشتري إلى البائع ، ولا معاملة بين الشفيع والبائع . هذا هو المذهب .

وفيه وجه : أنه يُسلِّم إلى البائع ، وكأن المشتري عَقَدَ له .

ولو كان المبيعُ في يد البائع ، وتعلَّل المشتري [4] به لم يكن ذلك عذرًا ، فإنه إذا سلَّم الثمن أُجْبِر البائعُ على أَخْذِ الثمن ورَفْعِ اليد .

ولو [5] خرج الثمنُ مُستحقًّا نُظر : إن خرج ثمنُ العقدِ مُستحقًّا فقد بَانَ بطلانُ العقدِ وانتفاءُ الشُّفْعة .

وإن خرج ثمنُ الشفيع مُستحقًّا بعد أن أخذ ، فإن لم يعرف الشفيع فهو معذور ، والقولُ قولُه أنه لم يعرف .

ولكن ، هل يتبيَّنُ أنه لم يحصل ملكه بذلك الثمن ، وإنما يحصل بالثاني ؟ فيه [6] وجهان [7] .

---

(١) قوله : « على » ليس في (أ) . (٢) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٢) ، ومغني المحتاج : (٢ / ٣٠٢ ، ٣٠٣) ، ونهاية المحتاج : (٥ / ٢٠٨) .

(٤) في (ب) : « الشفيع » . (٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٧) قال في الروضة : « ثم في حالة الجهل والعلم ، إذا قلنا : لا يبطل حقُّه ، هل نتبيَّنُ أنه لم يملك بأداء المستحقّ ، ويفْتقر إلى تملُّك جديد ، أم نقول : قد ملكه والثمنُ دَيْنٌ عليه ؟ فيه وجهان . قال الغزالي : أصحهما : الثاني ، وهو خلافُ المفهوم من كلام الجمهور ، ولا سيما في حالة العلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٣) .

((وإن عَرَف كونَه مستحقا ، ففي بطلان شفعتِه بتقصيرِه وجهان)) ، ووجْهُ بقاءِ الحق : أنه لم يقصر في الطلب والأَخْذ [٢] .

ثم في تبيين بطلان الملك بالثمن المستحق وجهان مرتبان . وها هنا أولى بأنْ يتبين ويقال : حصل الملك بالثمن الثاني .

وتظهر [٣] فائدة ذلك في ارتفاع الملك [٤] وزيادته .

ولو [٥] خرج الثمن زيوفًا [٦] لا يبطل الملك الحاصل ، ولا حَقُّ الشفعةِ [٧] ؛ لأنّ ذلك مما يمكن الرضاء [٨] به .

فرع : لو خرج الشقص مستحقًّا بعد أنْ بنى فيه الشفيعُ ، نَقَض المستحِقُّ بناءَه مجانًا .

قال القاضي : ويرجع الشفيع على المشتري بأرش النقض إذا قلنا : يرجع المشتري على الغاصب ؛ أخذًا من قاعدة الغرور .

وفيه إشكال ؛ لأن المشتري مقهورٌ ها هنا ، فكيف يُحَال الغرور إليه [٩] ؟ ثم قد يكون جاهلًا .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

(٢) والأصح : أن الشفعة لا تبطل . انظر : الروضة (٥ / ٩٣) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « الأظهر » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في نسخة أخرى : « القيمة » ، كذا على هامش الأصل .

(٥) في (أ) : « فلو » .

(٦) في (أ) : « ربويًا » .

(٧) في (أ) : « للشفعة » .

(٨) في (أ) : « الرضا » ، بدون الهمزة .

(٩) في (أ) : « عليه » .

فإن [١] كان مقهورًا لم ينقدح الرجوع ، وإن رضي بالثمن أو طَلَبه [٢] : انقدح . ثم إن كان جاهلًا انقدح أنْ يرجع هو به على البائع ، فإنه منشأ الغرور .

السابعة : [أن] [٣] يزيد الثمن على الشفيع ؛ بأنْ يبني المشتري [٤] ويغرس ، فليس له قَلْعُه [٥] مجانًا ، بل عليه أنْ يبذل قيمته ، ويتملك عليه ، أو ينقضه بأرش ، أو يبقيه بأجرة ، كما يفعل المعير بالمستعير [٦] ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه اللّه - فإنه قال : ينقضه مجانًا [٧] .

فأما [٨] زَرْعُه فَيُبْقيه بغير أجرة ؛ لأن أَمَدَه معلوم ، وكأن المنفعة كالمستوفاة بالزراعة ، فهو كما لو اشترى أرضًا مزروعة ؛ إذ الشفيع من المشتري كالمشتري من البائع ، وفي العارية تبقى بأجرة .

وقد خُرِّج في مسألتنا - أيضًا - منه وَجْهٌ ولكنه غريب .

وقد اعترض المزني على المسألة وقال : عند الشافعي - رضي اللّه عنه - لا يثبت

---

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) في (أ) : « وطلبه » . (٣) زيادة من (أ) .

(٤) كلمة : « المشتري » ليست في (ب) .

(٥) كلمة : « قلعه » ليست في (أ) . (٦) في (ب) : « مع المستعير » .

(٧) **مذهب الشافعية** : أن المشتري إذا بنى أو غرس في نصيبه بعد القسمة والتمييز ، ثم علم الشفيعُ لم يكن له قَلْعُه مجانًا ، وإن لم يخترِ المشتري القلْعَ فللشفيع الخيار بين إبقاء ملك المشتري في الأرض بأجرة ، وبين تملكه بقيمتِه يومَ الأخذ ، وبين أنْ ينقُضه ويغرم أَرْشَ النقض .

ومذهب الحنفية : أن المشتري إذا بنى أو غرس في نصيبه ثم قُضي للشفيع بالشفعة ، فهو بالخيار : إن شاء أَخَذَ بالثمن وقيمة البناء والغراس منقوضًا ، وإن شاء كلّف المشتري قَلْعَ البناء والغراس الذي أنشأه دون مقابل . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٤ : ، ٩٥) ، مختصر الطحاوي : (١٢٣ ، ١٢٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٦٨ ، ٦٩) .

(٨) في (أ) : « وأما » .

شفعة الجوار ، ولا يُتَصور البناء على المشترك إلا بالرضا ، فإن لم يكن رضًا فهو عدوانٌ منقوض [١] .

فقال الأصحاب : يتصور بأن يقاسم الشريكُ المشتريَ على ظَنٍّ أنه وكيل البائع ، أو يكون غائبًا فيقسم القاضي عنه ، أو يكون قد وكّل وكيلًا في القسمة وهو غائب ، فلا يسقط حقه بشيء من ذلك .

فإن قيل : فالشفعة لرفع [٢] ضرر مؤنة الاستقسام ، وكيفما [٣] كان فقد انقطع ، وهو الآن جارٍ لا يحذر الاستقسام ؟

قلنا : ذلك يعتبر حالة الاستحقاق ، ودوامه حالة الأخذ لا تعتبر .

فإن قيل : فلو باع نصيبه مع الجهل بالشفعة ، ففي بطلان الشفعة خلافٌ لانقطاعِ السبب عن الأخذ ، فالانقطاعُ بالقسمة هلَّا كان كالانقطاع بالبيع حتى يُخَرَّج على الخلاف ؟

قلنا : قطع الشافعي - رضي الله عنه - / ها هنا ؛ لأنه إن [٤] زالت الشركة بقي ١١٠/أ الجواز [٥] ، وهو نوعُ اتصالٍ كان شركة في الابتداء ، فلا ينقطع حكمها ما لم يزل تمام الاتصال ، فكأنّ الجواز يصلح للاستصحاب إن لم يصلح للابتداء .

أما تصرفاتُ المشتري بالوقف والهبة والوصية ، فكلُّها منقوضةٌ .

وإن باع ، فالشفيعُ بالخيار بين أن يأخذ بالثاني ، أو ينقض الثاني ويأخذ بالأول .

وعن أبي إسحاق المروزي : أنه لا ينقض بيعه ؛ لأن الأخذ به ممكن [كما] [٦] لا ينقض بناؤه مجانًا [٧] .

الثامنة : إذا تنازع المشتري والشفيعُ : فإن تنازعا في قَدْر الثمن ، فالقولُ قولُ

---

(١) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٥٣) ، روضة الطالبين : (٥ / ٩٤) .

(٢) في (أ) : « لدفع » .

(٣) في (أ) : « فكيف » .

(٤) قوله : « إن » ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « الجواز » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٩٦) .

المشتري ؛ لأنه أعرف به ، والملكُ ملكُه ، فلا يُزَال إلا بحجة .

وإن أنكر المشتري كونه شريكًا ، فعليه إثباتُ كونِه شريكًا ، وإلا فالقول قول المشتري يحلف على [1] أنه لا يعلم [له] [2] في الدار شركاء [3] ، ولا يلزمه البَتُّ ، بخلاف ما لو ادعى ملكًا في يده ، فإنه يجزم اليمين على نَفْيِ ملك الغير ؛ لأن هذا يُنَزَّل منزلةَ نَفْي فعلِ الغير .

وإن أنكر المشتري الشراءَ ، فإن كان للشفيع بيّنة أقامها وأخذ الشقص ، والثمن يُسلّم إلى المشتري إن أقرَّ ، وإن أصرَّ على الإنكار فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يبقى في يد الشفيع [4] .

والثاني [5] : يحفظ كما يحفظ المال الضائع .

والثالث : أنه يجبر المشتري على القبول ؛ حتى تبرأ ذمةُ الشفيع ، ويحصل له الملك .

أما إذا لم يكن له بينةٌ ، وكان البائع مقرًّا :

فاختيارُ المزني : أنه تثبت الشفعة ؛ لأن البائع والشفيعَ متقارّان على أن قرار [6] الملك للشفيع ، فلم يمتنع بقول [7] مَنْ لا قرار لملكه .

والثاني – وهو اختيار ابن سريج ، ومذهب أبي حنيفة – : أنه لا يثبت ؛ لأنه فرع المشتري ، ولا يثبت الشراء إلا بقول المشتري أو بحجةٍ .

---

(١) قوله : « على » ليس في (أ) .　　(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « شركة » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٤ / ٣٥٨ ، ٣٥٩) ، (٥ / ٨٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٤٢ ، ٣٠٥) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « والآخر » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في الأصل : « إقرار » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « يقول » .

التفريع :

إن قلنا : له الشفعة ، فماذا يصنع بالثمن ؟ نظر ، إن [1] قال البائع : ما قبضتُ الثمن ، فيسلم إليه ، وفي كيفيته وجهان :

أحدهما : أنه يُسَلّم إليه ابتداءً ؛ لأنه الأقرب [2] .

والثاني : أنه ينصب القاضي عن المشتري نائبًا ، ليقبض له ، ثم يُسلم [3] عن جهته إلى البائع .

وفيه إشكال ؛ إذْ نَصْبُ النائبِ عمن ينكر الحقَّ لنفسه بعيدٌ .

وإن قال البائع : قبضتُ الثمن ، فوجهان :

أحدهما : أنه يترك في يد الشفيع ، فلعل المشتري يُقِرّ [4] .

والثاني : يحفظه [5] القاضي ، فإنه ضائع .

وقيل : إنه تسقط الشفعة إذا أقرَّ البائع بالقبض ؛ لِعُسْرِ الأمر .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٩٩)

(٣) في (أ) : « يسلمه » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٩٩) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « يحفظ » ، والمثبت من (أ) .

الفصل الثالث : في الأخذ عند تزاحم الشركاء

وله ثلاث أحوال :

الحالة الأولى [1] :

إذا توافقوا في الطلب ، وَزَّعَ القاضي عليهم بالسّويّة ، فإن تفاوتتْ حصصُهم ، فقولان :

أحدهما : أنه يُوَزَّع على عدد الرؤوس ، وهو القول القديم ، وهو مذهب أبي حنيفة - رحمه اللّه - والمزني [2] .

والثاني : أنه يُوَزَّع على الحصص ، وهو الجديد ، وتوجيهُه مذكورٌ في الخلاف [3] .

فروع ثلاثة :

الأول : إذا مات الشفيع وخلف ابنًا وبنتًا ، وقلنا : الشفعةُ على قدر الرؤوس ، فها هنا في التفاوت وجهان ، ومأخذُه : أنّ الوارث يأخذ بشركته الناجزة ، أو يرث حقَّ الشفعة ؟ والأصح : أنه يرث ويتفاوتان للتفاوت في الإرث .

والثاني [4] : مات رجلٌ وخلف ابنين ودارًا بينهما ، فمات أحد الابنين وخلف ولدين فباع أحدهما نصيبه :

---

(١) كلمة : « الحالة » زيادة من (ب) .

(٢) **مذهب الشافعية** : أنه إذا تساوى نصيبُ الشركاء - الشفعاء - فَيُوَزَّع الشقصُ المشفوع عليهم بالسّوية . وإن اختلف نصيبُ كلّ واحدٍ منهم ، فقولان :

أظهرهما - وهو الجديد - : أنّ الشفعة بينهم على قَدْرِ أنصبائهم .

والثاني : أنّ الشفعة بينهم على عدد رؤوسهم لا على تقدير أنصبائهم ، وهو مذهب المزني ، ومذهبُ الحنفية .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٥) ، ونهاية المحتاج : (٥ / ٢١٣) ، مختصر الطحاوي : (١٢١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢ / ٤٤) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ٦٦) .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥/ ١٠٠) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٠٥) ، ونهاية المحتاج : (٥/ ٢١٣) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ولو » بدلًا من كلمة : « والثاني » ، والمثبت من (أ) .

فالجديد - وهو القياس الحق - : أن الشفعة يشترك فيها (١) أخوه وعمُّه .

والقول القديم : أن الأخ مقدم ؛ لقرب الإدلاء (٢) بالأخوة ، وهو بعيد .

الثالث (٣) : إذا باع أحدُ الشريكين نصيبَه من شخصين في صفقتينْ متعاقبتينْ ، (٤ فإن المشتري ٤) الأولَ شريكُه (٥) عند الشراء الثاني ، فهل يُساهم الشريك القديم (٦ في الشفعة مع أن حصته التي بها استحقاقُه معرضة لِنَقْضِ الشريك القديم ٦) ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛لأنه ملكٌ مُزَلْزَلٌ (٧) مُعَرَّضٌ للنقض ، فكيف يُنقض به غيرُه ، وهو غير مَصُونٍ عن النقض في نفسه ؟

والثاني : نعم ؛ لأنه شريكٌ حالةَ الشراء ، فتوقُّعُ زوالِ ملكه لا يَمْنعه من الحق .

والثالث : أن الشَّريك القديم إن عفا عن الشفعة في نصيبه فقد استقر ملكُه ، فله الأخذ ، وإن كان يأخذه (٨) فلا يَحْسُن الأخذ بالمأخوذ في نفسه (٩) .

الحالة الثانية : أن يعفو بعض الشركاء .

نُقَدِّم عليه ، أن المنفرد لو عفا عن بعض حقه سقط كلُّ حقه ؛ لأن التجزئة إضرارٌ بالمشتري ، وما امتنع تجزئتُه فإسقاطُ بعضِه إسقاطُ كلِّه كالقصاص ، وفيه وجهان غريبان :
أحدهما : أنه لا يسقط شيءٌ أصلًا ؛ لأن مَبْنى القصاصِ على السقوط ، بخلاف الشفعة .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فيهما » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « لأنه أقرب للإدلاء » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « الثاني » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « فالمشتري » .

(٥) في (أ) : « شريك » .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

(٧) في (أ) : « متزلزل » .

(٨) في (ب) : « يأخذ بعض » .

(٩) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/١٠١) ، مغني المحتاج : (٢/٣٠٥) ، ونهاية المحتاج : (٥/٢١٣) .

والثاني : أنه يسقط ما أسقطه ، ويبقى الباقي إنْ رضي به المشتري [١] .

أما إذا عفا أحدُ الشركاء ، فالمذهب : أن الشريك الآخر يأخذ الكلَّ ، ويسقط حقّ المُسْقِط .

وقيل : إنه يأخذ الثاني نصيبَه .

وقيل : لا يَسْقط نصيب الآخرين ، كما في القصاص .

وقيل : لا يَسْقط حقُّ المسقط . والكلُّ بعيدٌ .

الحالة الثالثة : إنْ تغيّب بعضُ الشركاء : فالحاضر يأخذ ؛ حذارًا من التشطير على المشتري ، فإذا حضر الآخر شاطر الأولَ ، فإن حضر ثالثٌ قاسمهما / فإن أَخَّر الأولُ تسليمَ كلِّ الثمن ، وقال : أؤخر إلى حضور الآخرين ، ففي بطلانِ حقِّه وجهان [٢] . ١١٠ / ب

ثم إذا أخذ الثاني من الأول لم يطالبه بالغلة للمدة الماضية ؛ لأنه متملك عليه كما أن الشفيع متملك [٣] على المشتري .

فرع :

لا يجوز التبعيض على المشتري مهما اتَّحدت صفقتُه ، فإن تعددت الصفقة [٤] بتعددِ البائع ، أو بتعددِ المشتري ، فله أَخْذُ مضمونِ أحدهما ، وفيما [إذا] [٥] اتَّحد المشتري وتعددَ البائعُ وجه : أنه لا يأخذ إلا [٦] الكلَّ .

أما إذا اشترى شقصين من دارين ، والشريكُ فيهما واحدٌ ، ففيه وجهان :

أحدهما : يأخذ الكلَّ ؛ حذارًا من تفريق الصفقة وهي متحدةٌ .

والثاني : له الاقتصارُ على واحد ، كما لو لم يكن شريكًا إلا في أحدهما [٧] .

---

(١) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠١ ، ١٠٢) ، مغني المحتاج : (٥ / ٢١٤) .

(٢) أصح هذين الوجهين : أنه لا يبطل حقه . انظر : الروضة : (٥ / ١٠٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٦)، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٤) .

(٣) في (أ) : « يتملك » .

(٤) كلمة : « الصفقة » ليست في (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) قوله : « إلَّا » ساقط من (أ) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٠٦ ، ١٠٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٦ ، ٣٠٧) .

الباب الثالث : فيما يسقط [(١)] به حق الشفعة

وقد اخْتَلَف في مُدَّتِهِ قولُ الشافعي – رضي الله عنه – [(٢)] ، فالصحيح [(٣)] – وهو الجديد – : أنه على الفور [(٤)] ؛ لقوله – عليه السلام – : « الشفعة كَحَلِّ العقالِ [(٥)] » ، ولأنه قريبُ الشبهِ من الردّ بالعيب ، فإنه نقض ملك لدفع ضرره [(٦)] .

والثاني – وهو الذي رواه حرملة – : أنه يتمادى [إلى] [(٧)] ثلاثة أيام ؛ لأن التأبيدَ إضرارٌ بالمشتري ، وإيجابُ الفورِ إضرارٌ [(٨)] بالشفيع ، فإنه قد يحتاج إلى رَوِيَّة ، ومدةُ النظرِ في الشرع ثلاثةُ أيام ؛ بدليل مدة الخيار .

ويطرد هذان القولان في قتل المرتد ، وتاركِ الصلاة ، وطلاقِ المؤلي ، ونَفْي الولد باللعان ، وفَسْخ الزوجة بإعسار الزوج ، وخيار الأمة إذا عَتَقَتْ .

والثالث : أنه على التأبيد ، كحق القصاص ، وهذا القول لا يطرد إلا في خيار الأمة .

---

(١) في (ب) : « سقط » .

(٢) انظر : الأم : (٣ / ٢٣١) ، مختصر المزني : (٣ / ٥٠) ، وروضة الطالبين : (٥ / ١٠٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٧) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « والصحيح » .

(٤) وهذا هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٥ ، ٢١٦) .

(٥) الحديث أخرجه ابن ماجه : (٢ / ٨٣٥) (١٧) كتاب الشفعة (٤) باب طلب الشفعة (٢٥٠٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٠٨) كتاب الشفعة – باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة . وانظر : كنز العمال للهندي : (٧ / ٤) حديث رقم : (١٧٦٨٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٥٦) حديث رقم : (١٢٧٨) .

وقال ابن حجر في التلخيص الحبير : إسناده ضعيف جدًّا ، وقال البزار في راويه محمد بن عبد الرحمن البيلماني : مناكيرُه كثيرةٌ ، وأورده ابنُ عدي في ترجمة محمد بن الحارث رواية عن ابن البيلماني ، وحكى تضعيفَه وتضعيفَ شيخه ، وقال ابن حبان : لا أصل له . وقال أبو زرعة : منكر ، وقال البيهقي : ليس بثابت .

(٦) في (أ) : « ضرر » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) كلمة : « إضرار » ليست في (ب) .

وعلى هذا اختلفوا في أمرين :

أحدهما : أنه يسقط بصريح الإبطال ، وهل يسقط بدلالة الإبطال؛ كقوله : بِعْه مِمَّنْ شئتَ ؟ فيه وجهان .

والثاني : أن المشتري هل يرفع الشفيع إلى القاضي ليأخذ أو يسقط ؛ حتى يكون على ثقة في [(١)] التصرف ؟ فيه قولان .

والتفريع بعد هذا على الصحيح ، وهو أنه على الفور . فيسقط بكل ما يُعَدّ [(٢)] في العرف [٢)] تقصيرًا في الطلب ، وما لا يُعد تقصيرًا ، فلا . وبيانُه بسبع صور :

الأولى : أنه [(٣)] إذا بلغه الخبر فينبغي أن يُشْهد على الطلب ، وينهض إلى طلب المشتري ، أو يبعث وكيلًا .

فإن كان عاجزًا عن طلبه بمرض ، أو حبسٍ في باطل ، فإنه إن كان في دَيْن حقٍّ فهو غير [(٤)] قادر على الأداء ، أو كان المشتري غائبًا ، ولم يجد في الحال رفقةً يخرج معها وكيلُه فلا يسقط حقّه ، فإنه معذور .

فإن [(٥)] كان المشتري حاضرًا ، فخرج بنفسه ولم يشهد ، فالمذهب : أنه ليس بتقصير ، وإن لم يخرج بنفسه لعذر [(٦)] ، وقدر على التوكيل فلم [(٧)] يوكل ، فثلاثةُ

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) قوله : « في العرف » ليس في (أ) .

(٣) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٤) قوله : « غير » ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « وإن » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بعذر » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « ولم » .

أوجه[1] ، الثالث : أنه كان يلزمه فيه[2] [3] مِنّة أو مؤنة[3] ، فهو معذور ، وإلا فلا .

فإن عجز عن التوكيل فَلْيُشْهد ، فإن لم يفعل فقولان :

أحدهما : أن الإشهاد مستحبّ[4] ؛ قطعًا للنزاع ، وإلا فلا حاجة إليه .

والثاني : أنه في الحال لا أقل من الإشهاد إذا لم ينهض للطلب[5] .

الثانية : [أنه][6] لو كان في حمّام ، أو على طعام ، أو في نافلة ، فالأصح[7] : أنه لا يلزمه القطع ومخالفةُ العادة ، بل يجري على المعتاد . وفيه وجه : أنه يلزمه ذلك تحقيقًا للبِدَار .

الثالثة : أنه[8] لو أخّر ثم قال : إنما أخرتُ لأنّي لم أُصَدّق المخبِر . نُظر[9] ، فإن أخبره عدلان فلا يُعْذر ، وإن أخبره فاسق أو صبيّ أو كافر ومَنْ لا تُقْبل روايته فمعذور[10] .

وإن أخبره عدلٌ واحد أو عبيد ، ومن تُقْبل روايتُه لاشهادتهُ فوجهان . والأصح : أنه لا يُعذر .

ولو كذب المخبر وقال : بِيعَ بألفين ، فإذا هو بألف ، أو بالصحيح فإذا هو مكسّر ،

---

(١) أصح هذه الأوجه : أنه تبطل شفعته لتقصيره . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٧) .

(٢) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٣) في (ب) : « مؤنة أو منّة » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يستحب » .

(٥) إذا عجز الشفيع عن التوكيل فَلْيُشْهِد ، فإن لم يُشْهِدْ ، قال في الروضة : « فَلْيُشْهِد على الطلب ، فإن لم يُشْهد بطلت على الأظهر أو الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٧) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ذكر في الروضة : أنّ هذا الوجه هو الصحيح .انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٠٨) ، مغني المحتاج : (٢ /٣٠٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٧) .

(٨) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٩) في (ب) : « نظرت » .

(١٠) في (أ) : « فهو معذور » .

أو بالمؤجل فإذا هو حالّ ، أو بالعكس ، أو بيع من زيد فإذا [هو] [١] من عمرو ، أو قيل : اشترى النصفَ بخمسين ، فإذا هو اشترى الكلَّ بمائة ، أو بيع بالدراهم فإذا هو بالدنانير ، أو بالعكس فَعَفا ثم تبينَّ كَذِب المخبر ، فحقُّه باقٍ وله الطلب . ولو أخبر أنه بيع بألف ، فإذا هو بألفين فعفا ثم طلب فلا ؛ لأنَّ مَنْ رغب عن ألفٍ فهو عن ألفين أرغب .

ولو قال : جهلتُ بطلانَ الحق بالتأخير ، وكان ممن يَشْتبه على مثله ، فهو أيضًا معذورٌ .

الرابعة : إذا ألفى [٢] المشتريَ فقال : السلام عليك ، جئت طالبًا ، لم يبطل [٣] حقه ؛ لأنه إقامةُ سُنّةٍ .

ولو قال : اشتريتُ رخيصًا وأنا طالب : بطل حقُّه لأنه اشتغل بفضولٍ لا فائدة له فيه .

فإن [٤] قال : بارك اللّه لك [٥] في صفقة يمينك ، وأنا طالب .

قال العراقيون : لا يبطل [٦] ؛ لأنه [٧] تهنئة ، وقياسُ المراوزةِ الإبطالُ لأنه فضول في هذا الموضع [٨] .

ولو قال : بِكَم اشتريت ؟ قال العراقيون : يبطل [٩] .

وقال المراوزة : لا ؛ لأنّ له غرضًا ، فلعله يستنطقه بالإقرار ويبينّ المقدار ؛ إذ [١٠] عليه تُبْتنى رغبتُه في الطلب [١١] .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « لقي » .
(٣) في (أ) : « تبطل » .
(٤) في (أ) : « وإن » .
(٥) قوله : « لك » ليس في (ب) .
(٦) في (أ) : « لا تبطل » .
(٧) في (أ) : « لأنها » .
(٨) وقول العراقيين هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١١٠) .
(٩) في (ب) : « تبطل » .
(١٠) قوله : « إذ » ليس في (أ) .
(١١) قول المراوزة هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/ ١١٠) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٠٨) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٢١٨) .

الخامسة : إذا زرع المشتري الأرضَ ، ثم علم الشفيعُ فأخَّر تسليمَ الثمن ؛ لأنه لا ينتفع في الحال : لا يبطل حقّه ؛ لأنه لا يتحصل على فائدة في الحال ، ولكن ينبغي أن يعجل الطلب ويؤخر الثمن .

السادسة : لو باع ملكه (قبل الأخذ ، مع العلم بالشفعة) فهو إسقاط للشفعة ، وإن كان جاهلًا فقولان :

أحدهما : يسقط ؛ إذ لم يَبْقَ / شريكًا [2] ، فلا [يبقى] [3] ضرر عليه [4] . 112/أ

والثاني : أنه لا يبطل ؛ لأن الحق ثبت ، ولم يَجْرِ إسقاطُه [5] فيبقى .

ومثْله جارٍ في الأَمَة إذا لم تشعر حتى عَتَق العبد ، والمشتري إذا لم يشعر بالعيب حتى زال .

السابعة : لا يجوز أخذ العوض عن حق الشفعة ، ولا عن [حق] [6] حدِّ القذف ، ولا عن مقاعد الأسواق .

وقال أبو إسحاق المروزي : أنا أخالف الأصحاب في هذه المسائل الثلاث [7] .

والمقصود : أنه لو صالح الشفيع بطلتْ شفعتهُ ، ولم يثبت [8] العوض إن كان عالمًا بالبطلان . فإن [9] ظَنَّ الصحةَ فوجهان ، والأولى أن لا يبطل .

---

(1) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(2) في (أ) : « شريك » .

(3) زيادة من (أ) .

(4) في (أ) : « عليه ضرر » . وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١١١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٠٨ ، ٣٠٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢١٨) .

(5) في (أ) : « إسقاط » .

(6) زيادة من (أ) .

(7) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١١١) .

(8) في (أ) : « تثبت » .

(9) في (أ) : « وإن » .

فرع :

إذا تنازعا في العفو ، فالقولُ قول الشفيع أنه عفا ، [١] فلو أقام [١] بينةً على أنه أخذ بالشفعة ، والشيءُ في يده ، وأقام المشتري بينةً على العفو ، فوجهان [٢] :

أحدهما : بينةُ الشفيع أولى ؛ لأنه صاحب اليد .

والثاني : بينةُ المشتري ؛ لأنه يشتمل [٣] على مَزِيدٍ ، وليس فيه تكذيبُ الآخر [٤] .

فلو شهد البائعُ على العفو قبل قبض الثمن لم يجز ؛ إذْ بَقِيَ له علقةُ الرجوع بالإفلاس .

وبعد القبض فوجهان [٥] من حيث توقُّعُ الترادّ بالأسباب .

ولو شهد بعضُ الشركاء على البعض بالعفو ، فإن [٦] كان قد عفا الشاهدُ قُبِلَتْ شهادتُه ، وإلا فلا ، فإنه يَجُرُّ إلى نفسه نفعًا ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) في (أ) : « ولو قامت » . (٢) في (أ) : « ففيه وجهان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « لأنها تشتمل » .

(٤) في (أ) : « الأخرى » ، وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١١٣) .

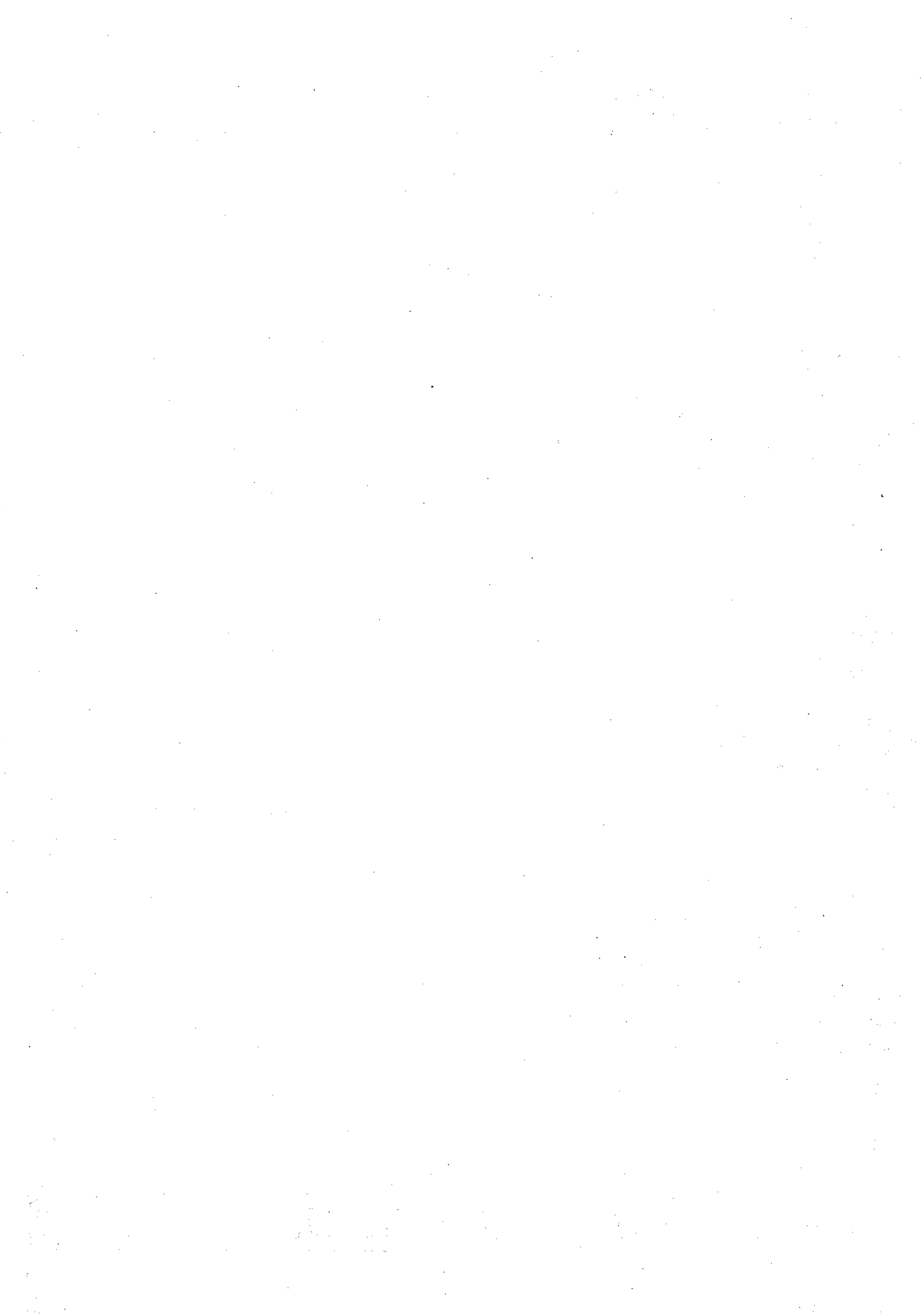
(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « وجهان » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « إن » ، والمثبت من (أ) .

كتاب القراض

وفيه

ثلاثة أبواب



الباب الأول : في أركان الصحة

وهي ستة : العاقدان ، والعوضان ، ورأس المال ، وصيغة العقد .

ومستند صحة القراض : الإجماع . وقد عُرِفَ ذلك بما رُوِيَ أن عبد اللّه [(1] بن عمر [1)] ، وعبيد اللّه بن [(2)] عمر لمّا انصرفا من غزوة [(3)] نهاوند أتحفهما والي العراق بإقراض مالٍ من بيت المال ؛ لِيَشْتَرِيَا به أمتعةً فيربحان عليه ، ويُسَلِّمان قدر رأس المال إلى عمر ، فكلّفهما عمر - رضي اللّه عنه - رَدَّ الربح وقال [(4)] : ما فَعَل ذلك إلا لمكانتكما مِنِّي [(5)] ، فقال عبد الرحمن بن عوف : لو جعلته قراضًا على النصف ؟ ! فأجاب إليه [(6)] .

فدل ذلك على أن القراض [(7] كان بينهم معروفًا [7)] مفروغًا منه [(8)] .

ولعل مستندهم فيه صحةُ المساقاة ؛ إذْ كلّ واحد منهما معاملةٌ يحتاج إليه [(9)] رَبُّ المال لتنميته ، وهو عاجز عنه بنفسه لقصوره ، وعن [(10)] استئجار غيره لجهالة العمل . فنبدأ بالركن الأول ، وهو رأس المال ، وله أربعة شرائط :

---

(١) قوله : « بن عمر » ليس في (أ) .
(٢) في (أ) : « ابني » .
(٣) في (أ) : « غزاة » .
(٤) في (أ) : « فقال » .
(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « لمكانكما مِنّي » ، والمثبت من (أ) .
(٦) أخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٥٢٩) (٣٢) كتاب القراض (١) باب ما جاء في القراض ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١١) كتاب القراض ، ومعرفة السنن والآثار : (٨ / ٣٢٢ ، ٣٢٣) حديث رقم : (١٢٠٦٥ ، ١٢٠٦٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٥٧) . قال ابن حجر : ورواه الدارقطني من طريق عبد اللّه بن زيد بن أسلم عن أبيه .
(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « منهم كان معروفًا » ، والمثبت من (أ) .
(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « عنه » ، والمثبت من (أ) .
(٩) في (أ) : « إليها » .
(١٠) في (أ) : « عن » بدون الواو .

الأول : كونه نقدًا ، فلا يورد القراض إلا على النقدين ، وهي الدراهم والدنانير المسكوكة [١] ، أما النُّقْرة وسائر العروض فلا .

وكذا على المغشوش - على الصحيح - لأن النحاس فيه سلعة ، ولا يورد على الفلوس قطعًا .

وعلةُ هذا الشرطِ أمران :

أحدهما : أنَّ مقصودَ العقد الاتجارُ ، وإنما جُوِّز رخصةً ، وفي الإيراد على العروض تضييقٌ ، فقد لا تروج [٢] في الحال .

والثاني : أنه لابد عند القسمة من الردّ إلى رأس المال ليتبين الربح . فلو أورد على وقر حنطة ، وقيمتُه في الحال دينارٌ ، فقد يربح تسعة ثم تغلو الحنطة فلا يوجد الوقر [٣] إلا بعشرة دنانير فصاعدًا فيحبط الربح لا بخسران [٤] في التجارة .

الثاني : أن يكون معلومَ المقدارِ ، فلو قارض على (٥ صُبْرةٍ من الدراهم ٥) بطل ؛ لأن جهلَه يؤدي إلى جهل الربح وهو عوضٌ في العقد .

الثالث : التعيين : فلو أورد على ألف لم يُعَيَن : فَسَدَ ، إلا إذا عين في المجلس فيصح ، كبيع (٦ الدراهم بالدراهم ٦) .

ولو سَلّم إليه ألفين في كيسين ، وقال : أودعتُك أحدهما ، وقارضتك [على] [٧] الآخر ، ولم يُعَيِّنْ ، (٨ فوجهان في الصحة ٨) :

---

(١) في الأصل ونسخة من (ب) : « المسبوكة » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (ب) : « يروج » .

(٣) في (أ) : « وقر » .

(٤) في (أ) : « لخسران » .

(٥) في (أ) : « صبرة دراهم » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « الدرهم بالدرهم » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « ففي الصحة وجهان » .

أحدهما : الجواز ؛ للتساوي . والثاني : لا ؛ لعدم التعيين [1] .

ولو قارضه على ألف - وهو عنده وديعة - جاز ، وكذا لو كان عنده غصبًا . ولكن هل ينقطع الضمان ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، كالرهن .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الأمانةَ مقصودةٌ في هذا العقد ، فهو [2] إلى الوديعة أقربُ [3] .

وفي طريقة [4] العراق ذُكِرَ الوجهان [5] في صحة القراض ، ولعله غلط ؛ إذ لا مُستندَ لاشتراطِ عدمِ الغصب ، فإذا صحت الوديعةُ والرهنُ والوكالة فَبِأَنْ يَصِحَّ القراض أولى .

الرابع : أن يكون رأسُ المال مُسلَّمًا [6] إلى العامل [6] يدًا لا يداخله المالكُ بالتصرف واليد ، فلو شرط لنفسه يدًا ، أو [7] تصرفا معه فهو فاسد ؛ لأنه تضييق ، وكذا إذا [8]

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١١٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٢) .

(٢) في (أ) : « فهي » .

(٣) قال في الروضة : « ولو كانت دراهم في يد غيره وديعةً ، فقارضَه عليها : صَحَّ . ولو كانت غصبًا : صح على الأصح ، كما لو رهنه عند الغاصب . وعلى هذا لا يبرأ من ضمان الغصب كما في الرهن .

قلتُ : معناه : لا يبرأ لمجرد القراض .

أما إذا تصرف العاملُ فباع واشترى : فيبرأ من ضمان الغصب ؛ لأنه سلَّمه بإذن المالك ، وزالت عنه يَدُه ، وما يقبضه من الأعواض يكون أمانةً في يده ؛ لأنه لم يوجد منه فيها مُضمن ، والله أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١١٨) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « طريق » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « ذِكْرُ الوجهين » .

(٦) في (أ) : « للعامل » .

(٧) في (أ) : « و » .

(٨) في (أ) : « لو » .

شرط مراجعته في التصرف أو [1] مراجعة مشرفه . ولو شرط أن يعمل معه غلامه ، فالنصُّ : الجوازُ في المساقاة والقراضِ جميعًا ، وفيه وجه ؛ لأنَّ يدَ الغلامِ يَدُ المالك [2] .

الركن الثاني : عمل العامل ؛ فإنه أحدُ العوضين ، وفيه ثلاث شرائط :

الأول : أن يكون تجارة أو من لواحقها . أما الحرف والصناعات فلا .

فلو سَلّم إليه دراهم ليشتري حنطةً ، فيطحن ويخبز ، ويكون الربح بينهما فهو فاسد ، وليس له إلا أجرة [3] المثل ، بل إذا لم يشترط عليه فاشترى الحنطة وطحن وخبز انفسخ القراض ؛ لأن الربح حصل [4] بالعمل والتجارة جميعًا ، [5] وما ليس تجارة لا يُقَابل بالربح [5] المجهولِ ، والتمييزُ غيرُ ممكنٍ .

أما النقل والوزن ولواحقُ التجارة فهي تابعة .

أما إذا سلم إليه مالًا لينقل إلى بلد ويشتري به سلعة ويبيع ، والربحُ بينهما : ففيه وجهان من حيث إن النقل عمل مقصود انضمّ [6] إلى التجارة ، ولكنْ لما كان يُعْتاد / ١١٢/ب السفر في التجارة ترددوا فيه [7] .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ومراجعة » ، والمثبت من (أ) .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١١٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٣) .

(٣) في (ب) : « أجر » .

(٤) في (ب) : « يحصل » .

(٥) في (أ) : « والتجارة لا تقابل بالربح » .

(٦) في (أ) : « يُضم » .

(٧) قال في الروضة : « الثانية : قارضَه على أن يَنْقل المالَ إلى موضع كذا ، ويشتري من أمتعته ثم يبيعها هناك ، أو يردَّها إلى موضع القراض ، قال الإمام : قال الأكثرون بفساد القراض ، لأن نَقْلَ المتاع من بلد إلى بلد عملٌ زائد على التجارة ، فأشبه شَرْطَ الطحن والخبز ، ويخالف ما إذ أذن له في السفر ، فإن الغرض منه نَفْيُ الحرج . وقال الأستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين : لا يضر شرطُ المسافرة ، فإنها الركن الأعظم في الأموال النفيسة » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٤٧ ، ١٤٨) .

فرع :

لو قال : قارضتُك [١] على الألف الذي عليك فاقْبِضْه لي من نفسك ، واتَّجر فيه ، فهو فاسد ؛ إذ لا يصح قبضُه له من نفسه [٢] ، فلا يملك . فلو [٣] اشترى له بدراهمِ نفسهِ شيئًا ، فهو كما لو قال : اشترِ لي هذا الفرسَ بثوبك فَفَعَل ، ففي وقوعه عن الآمر وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن عوضَه ملكُ غيرِه .

والثاني : بلى ، ولكنْ يُقدَّر انتقالُ الملك في العوض ضمنًا ، إما هبةً وإما [٤] قرضًا ، وفيه [أيضًا] [٥] وجهان .

الشرط الثاني : أن لا يُعَيّنَ العمل تعيينًا مضيقًا ، فلو قال : لا تتجر إلا في الخز الأدكن والخيل الأبلق [٦] : فسد .

وكذلك إذا عين للمعاملة شخصًا ؛ لأنه قد لا يربح عليه . ولو عين جنس البز أو الخزّ : جاز ، ثم يتبع فيه موجب الاسم . فكلُّ ما يُسَمى بَزًّا يتصرف فيه ، وذلك معتادٌ لا تضييق فيه .

الثالث : إطلاق القراض . قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : لا يجوز القراض إلى مدة [٧] ، فاتفق الأصحاب أنه لو أقّت إلى سنة وصَرَّح بمنع البيع بعده فهو باطل ؛ إذْ قد

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « قارضت » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قال الحموي : « قوله في القراض : (ولو قال : قارضتك على الألف الذي لي عليك فاقبضه لي من نفسك واتجر فيه فهو فاسد إذ لا يصح قبضه له من نفسه) فإن قيل : لا تَعَلُّقَ لهذا الفرع بالركن المخصوص بعمل العامل كما لا يخفى بل هو من مسائل الركن الأول .

قال الحموي : له تعلق بالثاني من حيث إنه قال فيه : (واتجر فيه) أي اعْمَلْ فيه ، فإنه على هذا لا يصح لكونه قراضًا فاسدًا » . مشكلات الوسيط (١١٤ / ب - ١١٥ / أ) .

(٣) في (أ) : « ولو » .

(٤) في (ب) : « أو » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « البلق » .

(٧) انظر : الأم : (٣ / ٢٣٥) ، مختصر المزني : (٣ / ٦١) .

لا يَجِدُ راغبًا قبله .

وإن قال : لا تشترِ بعده ، وبِعْ أيّ وقتٍ شئتَ ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه تضييق .

والثاني : يجوز ؛ إذ له مَنْعُه من الشراء مهما أراد ، وليس له المنع من البيع [1] . فله أنْ يؤقت في الابتداء مالَه أن يفعل في الدوام .

ولو أطلق وقال : قارضتُك سنةً ، فطريقان :

أحدهما : البطلان ؛ تنزيلًا على الصورة الأولى .

والثاني : الوجهان ؛ تنزيلًا على الأخيرة [2] وترجيحًا لجانب الصحة [3] .

ولو قال : لا تتصرَّف إلا في الرطب ، فالمذهبُ جوازُه ، وإن كان ذلك يتضمن تأقيتًا بحكم الحال .

* * *

---

(١) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٢١ ، ١٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٢) ، ونهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٥) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « الأخير » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « ولو اقتصر على قوله : قارضتك سنةً : فسد على الأُصح . وعلى الثاني : يجوز ، ويُحمل المنع من الشراء ، استدامةً للعقد » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٢٢) .

الركن الثالث : الربح

وهو العوض المقابل للعمل ، وجهالتُه والغررُ في وجوده ؛ للحاجةِ ، وله أربعة [١] شرائط :

الأول : الاستهام [٢] ، فلو شرط للمالك فهو فاسدٌ .

وهل يستحق أجرةَ المثل على تصرُّفه ، فإنه يصح التصرف بحكم الإذن ؟ اختيارُ المزني أنه لا يستحق ؛ لأنه خاض في العمل غير طامعٍ في الربح [٣] .

وقال ابن سريج : يَسْتحق ؛ لأنَّ العقد يقتضي العوضَ بوضْعِه ، فَشَرْطُ النفي لا يَنْفيه كالمهر في النكاح .

ولو شرط الكلَّ له فهو فاسد ، والربحُ كلُّه للمالك ، وليس للعامل إلا أجرة المثل فإنه طمع في عوض .

ولو قال : خُذِ المالَ وتصرَّفْ فيه [٤] وكلُّ الربحِ لك [٤] : فهو منزل على القرض ، فيكون الربح للعامل .

وإذا ذكر لفظ « القراض » لم يُنَزَّلْ على القرض على الصحيح من المذهب .

ولو قال : على أنّ النصف لي ، وسكت عن جانب العامل : لم يصحَّ على المذهب ؛ لأنّ الإضافة إلى العامل هي النتيجة الخاصة للقراض .

وقال [٥] ابن سريج : يصح ؛ أخذًا من الفحوى والعرف .

---

(١) كلمة : « أربعة » ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « الاستفهام » ، والمثبت من (أ) .

(٣) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٦١ ، ٦٢) ، واختيارُ المزني هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٢٥) .

(٤) في (أ) : « والربح كله لك » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « فقال » ، والمثبت من (أ) .

ولو قال : على أنّ النصف لك ، فالمذهبُ صحتُه ، وفيه وجه بعيد .

الثاني : أنْ لا يُضاف جزءٌ إلى ثالثٍ . فإنه إثباتُ استحقاقٍ بغير مالٍ ولا عملٍ ، إلا أن يضاف إلى غلام أحدِهما ، فهو كالإضافة إلى مالكه .

الثالث : أن لا يقدر الربح .

فلو قال : لك من الربح درهم أو ألف : لم يصحَّ ، فربما لا يزيد الربح على ما ذكره [1] ، فيختصّ الكلّ بِمَنْ شرط له .

وكذلك [2] إذا قال : لي درهم ، أولك درهم من الجملة [3] والباقي بيننا [3] .

وكذلك إذا قال : على أن لي [4] ربح العبيد من مال القراض .

ولو قال : على أنَّ لي ربح أحدِ الألفين [5] وهو مختلط :

قال ابن سريج : لا يصح ؛ للتخصيص [6] .

وقال القاضي : يصح ؛ إذ لا فَرْقَ بين أن يقول : لي ربح النصف [7] ، أو نصفُ الربح ، أو ربْحُ الألفِ ، والمالُ ألفان .

الرابع : أن يكون الجزء المشروط معلومًا :

فلو قال : على أن لك من الربح ما شَرَطه فلانٌ لفلانٍ ، وهو مجهول لهما

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ذكر » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « وكذا » .

(٣) قوله : « والباقي بيننا » ليس في (ب) .

(٤) قوله : « لي » ليس في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « ألفين » ، والمثبت من (أ) .

(٦) وهذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٧) .

(٧) في (أ) : « للنصف » .

أو لأحدهما ، فهو فاسد كنظيره في [1] البيع .

ولو قال : على أن لك سدسَ تسعِ عشرِ الربح ، وهو ليس حيسوبًا يفهم معناه في الحال ، فوجهان [2] . ووجهُ الصحة : أن اللفظ معروف والقصور فيهما .

ولو [3] قال : على أن الربح بيننا ، فوجهان :

أحدهما : يصح ، ويُنَزَّل على الشطر [4] .

والثاني : لا ؛ لأنه [5] لا يتعين للتشطير [6] ، فهو مجهول .

* * *

---

(١) في (أ) : « من » .

(٢) الأصح صحة القراض .انظر : الروضة : (٥ / ١٢٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٧) .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) في (أ) : « النظير » . وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٢٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٢٧).

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « أنه » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « للشطر » ، والمثبت من (أ) .

الركن الرابع : الصيغة

وهو أن يقول : قارضتُك ، أو ضاربتك ، أو عاملتك ، على أن لك من الربح كذا ، فيقول : قبلتُ .

فلو قال : خُذِ المالَ ، واتجرْ فيه ولك من الربح نصفهُ ، فقد قال القاضي : يكفي القبولُ بالفعل ، كنظيره في الوكالة . وهو ها هنا أَبْعَدُ ؛ إذْ فيه معنى المعاوضة .

***

الركن الخامس والسادس

وهما العاقدان :

ولا [١] يُشْترط فيهما إلا ما يشترط [٢] في الموكل [٢] والوكيل بالأجرة .

وهل يُشْترط كونُ المقارض مالكًا ؛ حتى لا يصح قراضُ العامل مع عامل آخر بإذن المالك ، فعلى وجهين [٣] .

فرعان :

أحدهما : لو كان المالك مريضًا ، وشرط له أكثر من أجرة المثل ، لم يُحْسب [٤] من الثلث ؛ لأن تفويتَ الحاصل هو المقيد بالثلث ، والربحُ ليس بحاصل ، ولذلك [٥] تزوج المرأة نفسها بأقل من مهر المثل ، فيجوز [٦] .

وفي نظيره من [٧] المساقاة وجهان [٨] ؛ لأنّ النخيل حاصل ، والثمر [٩] - على الجملة - قد يحصل [١٠] دون العمل بخلاف الربح .

الثاني : إذا تعدّد المالكُ ، وقارض رجلًا واحدًا : صحَّ . فيشترط له شيء والباقي بين المالكين على نسبة الملك ، لا يجوز فيه شرط تفاوت .

وإن كان العامل متعددًا فهو أيضًا جائز ، فإن التعاون على مقصود واحدٍ لا يُفوِّت مقصودَ العقد .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فلا » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « للموكل » .

(٣) الأصح : أنه لا يصح قراضُ العامل مع عامل آخر بإذن المالك ؛ لأنه يُشْترط كون المقارض مالكًا .

انظر : مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٩) .

(٤) في (أ) : « يحتسب » .

(٥) في (أ) : « وكذلك » .

(٦) في (ب) : « يجوز » .

(٧) في (أ) : « في » .

(٨) أصح هذين الوجهين : أن الزيادة على أجرة المثل تُحْسب من الثلث . انظر : الروضة : (٥ / ١٢٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٩) .

(٩) في (أ) : « والثمرة » .

(١٠) في (أ) « تحصل » .

الباب الثاني

في حكم القراض الصحيح

وفيه مسائل :

الأولى : أن العامل وكيل في التصرف .

فيتقيد تصرفهُ بالغبطة ، فلا يبيع بالغَبْن ، ولا يشتري بالزيادة ، ولا يبيع بالنسيئة إلا إذا أذن فيه ؛ لأن الناس يتفاوتون / في الرضا به ، وفيه غرر ، ولا يشتري بالنسيئة ؛ لأنه ربما يفوت رأس المال فيتعلق العهدة بالمالك ، بخلاف وليّ الطفل فإنه قد يفعل ذلك عند المصلحة . ١١٣ / أ

ولا شك في أنه يشتري ويبيع بالعرض ، فإنه عينُ التجارة .

فإذا [1] أذن [له] [2] في البيع بالنسيئة يلزمه الإشهاد ، فإنْ فات الثمن بإنكار وقد قصر في الإشهاد ، ضمن .

وله أن يشتري المعيب إذا كان فيه غِبْطَة ، وإن [3] اشترى على أنه سليم : فلكلٍّ [4] واحدٍ منهما الردُّ . فإن اختلفا ، قَدّم ما يقتضيه المصلحة والغبطة .

ولا يعامل ربّ المال بمال القراض ، فإنه ملكه ، كالعبد المأذون لا يعامل سيده .

ولا يشتري بجهة القراض بأكثر [5] من رأس المال ، فإن سلم إليه ألفًا فاشترى بعينها عبدًا : تعينَّ الألفُ للتسليم . فلو اشترى عبدًا آخر بعينه بطل . ولو [6] اشترى في الذمة وقع عنه لا عنِ القراض . ولو [7] صرف إليه مال القراض ضمن ، كصرفه إلى عبدِ نفسِه .

---

(١) في (أ) : « وإذا » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « وإذا » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ولكل » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « أكثر » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قوله : « ولو » ليس في (ب) .

(٧) في (أ) : « فلو » .

وعلى الجملة : هو في هذه القضايا يقارب الوكيل ، وقد استقصينا حكمه في الوكالة .

الثانية : لو اشترى مَنْ يُعْتَق على المالك بغير إذنه : لم يقع عنه ؛ لأنه على نقيض التجارة .

ولو اشترى زوجتَه ، فوجهان [١] من حيث إن الربح فيه ممكن ، ولكن ضرر انفساخ النكاح لَاحِقٌ ، فبالحريِّ أن يخرجه [٢] عن عموم اللفظ [٣] .

والوكيل إذا قيل له : اشترِ عبدًا ، فاشترى مَنْ يُعْتَق على الموكِّل ، فيه وجهان ، يُنْظر في أحدهما إلى عموم اللفظ [٤] ، وفي الثاني إلى الضرر ، كما في شراء زوجة المقارض [٥] .

أما العبد المأذون إن قيل له : اتَّجر ، فهو كالعامل ، وإن قيل : اشترِ عبدًا ، فهو كالوكيل ، وإن اشترى من يعتق على المالك بإذنه : صَحَّ وعتق وسَرَى [٦] إلى نصيب العامل إن كان فيه ربح ، وغرم له المالك .

وإن قلنا : لا يملك بالظهور ؛ لأنه [٧] يملك [٨ عند الاسترداد ٨] ، وهذا في حكم استرداد المال ، وسيأتي حكمه .

وإن اشترى العاملُ قريبَ نفسِه ولا ربح في المال ، صحّ .

فإن [٩] ارتفع السوق عتق نصيبه ولم يَسْرِ ؛ لأن ارتفاع السوق ليس إلى اختياره ، فهو كالإرث .

---

(١) وأصح هذين الوجهين : المنع من شراء زوجة المالك ، وأن هذا الشراء لا يقع عن المالك كشراء مَنْ يعتق على المالك . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٢٩ ، ١٣٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٤) .

(٢) في (أ) : « يخرج » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « اللغة » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « العموم » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « لو وَكَّل بشراء عبدٍ ، فاشترى الوكيلُ مَنْ يُعْتَقُ على الموكِّل : صَحَّ ووقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ؛ لأن اللفظَ شاملٌ ، بخلاف القراض ، فإنّ مقصودَه الربْحُ فقط ، ونَقَل الإمام وجهًا : أنه لا يقع للموكِّل ، بل يَبْطل الشراء إن اشترى بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٣٠) .

(٦) في (أ) : « يسري » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « فلأنّه » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (أ) : « بالاسترداد » .

(٩) في (أ) : « وإن » .

وإن كان [فيه] [1] ربح وقلنا : [إنه] [2] لا يملك بالظهور ، فهو كما إذا لم يكن رِبْحٌ . وإن [3] قلنا : يملك ، ففي صحة التصرف قولان حكاهما صاحب التقريب ، ووجه المنع : بُعْدُه عن مقصود التجارة [4] .

فإن صححنا ، ففي نفوذ العتق وجهان [5] ، ووجه المنع : أن نصيبه وقاية لرأس المال فَنُزِّلَ تعلُّقُ حقّ المالك به منزلةَ تعلُّقِ [6] الرهن به [7] .

فإن قلنا : ينفذ ، فيَسْرِي ؛ لأنّ الشراء باختياره .

فرع : ليس لأحدهما الانفرادُ بكتابة عبدٍ ؛ لأنه بعيدٌ عن التجارة .

فإن توافقا عليه ، ولا ربح في [8] المال : ففي انفساخ القراض وجهان ، والأظهر [9] : أنه يستمر على بذله .

وإن كان فيه ربح : لم ينفسخ وعتق العبدُ ، وكان الولاء لهما على نسبة ملكيهما [10] .

الثالثة : إن عَامَلَ عَامِلُ القراض عاملًا آخر بإذن المالك لينسلخ هو من القراض ، ويكون العامل هو الثاني : صحّ ، ويكون هو وكيلًا في العقد .

وإن أراد [أن] [11] ينزل العامل منه منزلته من المالك ليكون له شيء من [12]

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) والأصح : صحة الشراء . انظر : الروضة : (٥ / ١٣١) .

(٥) وأصح هذين الوجهين : أنه يُعْتق عليه بقدر حصته من الربح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣١) .

(٦) قوله : « تعلُّق » ليس في (أ) . (٧) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « عن » ، والمثبت من (أ) .

(٩) قال في الروضة : « الأصح » . روضة الطالبين : (٥ / ١٣٢) .

(١٠) في (أ) : « ملكهما » . (١١) زيادة من (أ) . (١٢) في (أ) : « من حيث حصته » .

حصته : فوجهان ذكرناهما .

ووجه المنع : أنَّ وَضْعَ القراضِ أنْ يجري بين مالكٍ وعاملٍ [١] ، وإن فعل ذلك بغير إذن المالكِ فهو فاسدٌ .

وإن [٢] اتجر العامل الثاني فَيُخَرَّج على اتجار الغاصب في المغصوب ، وفيه قولان ، أحدهما : النفوذُ مهما كثرت التصرفاتُ وظهر الربح ؛ نظرًا للمالك ؛ حتى لا يفوته الربح فله الإجارة .

فإن [٣] قلنا : الربح للمالك تفريعًا على القول [٤] القديم ، قال المزني : ها هنا لِرَبِّ المالِ نصفُ الربح [٥] ، والنصفُ الآخر بين العاملين نصفين كما شرط [٦] .

فإن قيل : فقد طمع العامل في نصف الكل ؟ قلنا : هو منزل على نصف ما رزق اللّه - تعالى - لهما ، ونصفُ الكلِّ هو رزقهُما .

ومن الأصحاب مَنْ قال : يرجع بأجرة العمل في النصف الذي فاته ، وخالف المزنيّ .

فإن قيل : ولِمَ استحق العاملُ [٧] الثاني والأولُ [٧] شيئًا ، وتفريع القديم في الغصب يوجب أن يكون الكل للمالك ؟

قلنا : لأنه جرى ها هنا مشارطة ومراضاة ، ويُبْنَى [٨] هذا القول على المصلحة ، وفي الغصب لم تَجْرِ [٩] مشارطة [ومراضاة] [١٠] .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٢٩) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) كلمة : « القول » ليست في (أ) .

(٥) وهذا هو الصحيح ، وهو أن لِرَبِّ المالِ نِصْفَ الربح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٣) .

(٦) هذا هو الأصح : وهو تقسيم النصف الثاني من الربح بين العَامِلَيْنِ بالسوية . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٣)، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٤) .

(٧) في (أ) : « الأول والثاني » .

(٨) في (أ) : « ينبني » .

(٩) في (ب) : « يجر » .

(١٠) زيادة من (أ) .

وإن فرعنا على الجديد ، قال المزني : الربح كلُّه للعامل الأول ، وللعاملِ الثاني أجرةُ[١] مثلِه على الأول[٢] .

قال بعض[٣] الأصحاب : هذا غلط ؛ إذِ الربحُ على الجديد للغاصب ، والعامل الثاني هو الغاصب .

ومنهم من وافقه ؛ لأن العامل الثاني ما اشترى لنفسه ، بل اشترى للعامل الأول ، فكأنّ الأول هو المشتري ، كما أن الغاصب هو المشتري لنفسه .

الرابعة : ليس للعامل أن يُسافر بمال القراض دون الإذن ، فإنه اقتحامُ خطرٍ ، فإنْ فَعَلَ صَحَّ تصرفاتُه ، ولكنه[٤] يضمن[٥] الأعيان والأثمان جميعًا ؛ لأن العدوان بالنقل يتعدى إلى الثمن .

وإن سافر بالإذن جاز ، ونفقةُ النقل وحفظُ المال على مال القراض ، كما أن نفقة[٦] الوزن والكيل[٦] والحمل الثقيل[٧] الذي لا يَعْتاده التاجر أيضًا في البلد ، على رأس المال .

فإن تعاطى شيئًا من ذلك بنفسه ، فلا أجرة له .

وأما نشر الثوب وطيّه ، وحمل الشيء الخفيف ، فهو[٨] عليه ؛ للعادة .

فإن استأجر عليه فعليه الأجرة ، وكذا عليه نفقته وسكناه / في البلد وأجرة الحانوت ليس عليه . ١١٣/ب

أما نفقتُه في السفر : فقد نَصَّ الشافعي – رضي اللّه عنه – أن له نفقته بالمعروف[٩] .

---

(١) في (ب) : « أجر » .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/ ١٣٣) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣١٤) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٢٣٠) . وانظر مختصر المزني : (٣ / ٦٤) .

(٣) كلمة : « بعض » ليست في (أ) ، (ب) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ولكن » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (ب) : « ضمن » .

(٦) في (أ) : « الكيل والوزن » .

(٧) كلمة : « الثقيل » ليست في (أ) .

(٨) في (أ) : « فهذا » .

(٩) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٦٢) .

ورَوَى البويطي أنه لا نفقة له .

فمنهم من قطع بنفي النفقة عن مال القراض ، قياسًا على الحضر ، وحمل النص على أجرة النقل والحمل ، ومنهم من قال : قولان [١] .

ووجه الفرق : أنه في السفر متجردٌ لهذا الشُّغل دون غيره ، فضاهى [٢] الحرة المحتبسة بسبب النكاح ، بخلاف الحاضر فإنه ليس محتبسًا على هذا المال .

وعلى هذا ، فلو [٣] استصحب معه مالَ نفسِه ، تُوَزَّع [٤] النفقةُ على المالَيْنِ .

وإن لم يستصحب ، ففي مقدار الواجب قولان :

أحدهما : ما يزيد بالسفر [٥] . والثاني : جميع النفقة .

ولو فاصله المالك ، أو لقيه في بلد : ففي لزومِ نفقة إيابه إلى البلد [٦] وجهان [٧] :

والمذهب : أنه إذا عاد إلى البلد ردَّ السفرةَ والمطهرةَ وبقايا [٨] آلات السفر إلى المالك [٩] .

الخامسة : اختلف قولُ الشافعي - رضي الله عنه - في أن العامل يملك الربح بالظهور ، أو بالمقاسمة ؟

---

(١) قال في الروضة : « وفي السفر ، قولان : أظهرهما : لا نفقة له ، كالحضر .
والثاني : له . وقيل بالمنع قطعًا . وقيل بالإثبات قطعًا » . روضة الطالبين : (٥ / ١٣٥) .

(٢) في (أ) : « فيضاهي » .

(٣) في (أ) : « لو » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « يوزع » .

(٥) هذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٥) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « بلد » ، والمثبت من (أ) .

(٧) وأصح هذين الوجهين : أنه لا تلزم نفقةُ إيابِه إلى البلد . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٦) .

(٨) في (أ) : « وبقاء » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « للمالك » ، والمثبت من (أ) .

أحدهما : أنه بالظهور ؛ فإن موجب [١] الشرط : أنَّ ما [٢] يحصل من ربحٍ فهو لهما ، وقد حصل .

والثاني : لا ؛ لأن العمل مجهولٌ ولم يَتِمَّ ؛ فأَشْبه الجعالةَ ؛ ولأنه لو ملك لصار شريكًا ، ولم يكن نصيبه وقاية الخسران [٣] ، وهو اختيار المزني [٤] .

التفريع :

إن قلنا : لا يملك ، فلو أتلف المالكُ المالَ غرم حصته ؛ لأن الإتلاف كالقسمة والاستيفاء [٥] ، وكذا إذا أتلف [العامل] [٦] شيئًا غرم نصيبه .

ولو أراد العامل التنضيض لتحصيل نصيبه ، لم يمنع .

ولو مات قام ذريتُه [٧] مقامَه ؛ لأن الحق متأكِّد ، حتى لو كان في مال القراض جارية لم يَجُزْ للمالك وطؤها ؛ لتأكُّدِ حقِّه .

وكذا إذا لم يكن له [٨] ربح ؛ لأن الربح بارتفاع السوق [٩] لا [١٠] يوقف عليه ، والوطءُ يَحْرُم بالشبهة .

وإن قلنا : يملك بالظهور فلا يستقر ، بل هو وقاية [١١] رأس المال [١١] ما دام العقد باقيًا ، فإن فسخ وقسم : استقر . وإن [١٢] فسخ والمال ناضّ ، ولم يُقسم [١٣] بعدُ :

(١) كلمة : « موجب » ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « إنما » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « للخسران » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥/١٣٦) ، مغني المحتاج : (٢/٣١٨) ، نهاية المحتاج : (٥/٢٣٦) .

(٥) قوله : « والاستيفاء » ليس في (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « ورثته » .

(٨) قوله : « له » ليس في (ب) .

(٩) كلمة : « السوق » ليست في (أ) .

(١٠) في (أ) : « مما » .

(١١) في (أ) : « الخسران » ، وفي نسخة أخرى : « للخسران » ، كذا على هامش الأصل .

(١٢) في (أ) : « فإن » .

(١٣) في (أ) : « ينقسم » .

فالصحيح [١] الاستقرار . فإن فسخ ، والمالُ عروضٌ ، فإن قلنا : العامل يُجْبر على البيع ، فلا استقرار ، وإن قلنا : لا يجبر كما سيأتي ، فوجهان [٢] .

السادسة : في الزيادة والنقصان العينية .

أما الزيادة : فهي [٣] من مال القراض ، كما إذا نتجت شاةٌ أو أثمرت حديقةٌ ، أو ولدتْ جاريةٌ فهو من مال القراض ، ويُعَدُّ ذلك من الربح .

وكذا أجرة المنافع إذا آجر دوابَّ المال ، أو تعدّى غيرُه باستعمالها [٤] .

وكذا مهر الجارية إذا وطئت ، حتى لو وطئها السيدُ جُعِلَ مُسْتَرِدًّا مقدار العقْرِ ، ولو استولدها كان مستردًّا قَدْرَ الجارية ، وهل يضاف إليه العقد أيضًا ؟ فيه تردد .

وأما [٥] النقصان : فما [٦] يقع بانخفاض الأسعار فهو خسرانٌ عليه جَبْرُه ، وكذلك [٧] ما يقع بتعيُّبِ المال ومَرَضِ الدواب .

فأما ما يقع بتلف [المال] [٨] أو [٩] سرقة ، ففيه وجهان ؛ أظهرهما [١٠] : أن عليه جَبْرَه ؛ لأن التاجر بصدد ذلك ، وقد حسبنا له الزيادة العينية ، فيحسب عليه النقصان العيني أيضًا ، وكما حسبنا عليه التَّعْييبَ [١١] في الصفات ، هذا إذا كان بعد التصرف الثاني .

---

(١) ذكر في الروضة : أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٣٧) .

(٢) وأصح هذين الوجهين حصول الاستقرار . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٧) .

(٣) في (أ) : « فهو » .

(٤) في (أ) : « فاستعملها » .

(٥) في (أ) : « أما » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « مما » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « وكذا » .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « و » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) قال في مغني المحتاج : « الأصح » . انظر : مغني المحتاج : (٢ / ٣١٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٨) .

(١١) في (أ) : « التعيب » .

فإن [1] كان قبل التصرف بأنْ سلم إليه ألفين ، فتلف ألفٌ وبقي ألف ، فرأسُ المالِ ألفٌ أم ألفان ؟ فيه وجهان [2] :

ووجه قولنا : ألف ، أن ذلك فات قبل الخوض في التجارة ، فلا تكون [3] التجارة متناولةً له ، فلا يجبر .

وإن اشترى بألفين عبدين ، فَقَبْلَ بيعهما تلف أحدُهما ، فوجهان مرتبان ، وأولى بأن يجبر ؛ لأنه خاض في التصرف .

ووجه الآخر : أن التجارة هو البيع ، وتحصيل الربح ببيعه ، أما الشراء فإنه تهيئة محل التجارة .

فرع :

إذا سلم إليه ألفًا ، فاشترى عبدًا ، فتلف الألف [نُظِرَ] [4] : إن اشترى بعينه انفسخ ، (٥ وإن اشترى في الذمة لا ينفسخ ٥) . (٦ وفي انصراف ٦) العقد إلى العامل وجهان [7] :

فإن قلنا : لا ينصرف ، فعلى المالك تسليمُ ألفٍ آخر ، ثم إذا سلم فرأسُ المالِ ألفٌ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « وإن » ، والمثبت من (أ) .

(٢) أصح هذين الوجهين أن رأسَ المال ألفٌ . انظر : الروضة : (٥ / ١٣٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣١٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٨) .

(٣) في (ب) : « يكون » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٦) في (ب) : « وإلا ففي انصراف » .

(٧) قال في الروضة : « وإن اشترى في الذمة ، قال في « البويطي » : يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل ، فقال بعضُ الأصحاب : هذا إذا كان التلف قبل الشراء ؛ فإن القراض - والحالة هذه - غَيْرُ باقٍ عند الشراء ، فينصرف الشراءُ إلى العامل .

أما لو تلف بعد الشراء ، فالمشترى للمالك . فإذا تلف الألف المُعَدُّ للثمن لزمه ألفٌ آخر . وقال ابن سريج : يقع الشراء عن العامل ، سواء تلف الألفُ قبل الشراء أو بعده ، وعليه الثمنُ ويرتفع القراضُ ؛ لأنَّ إذنَه ينصرف إلى التصرف في ذلك الألف » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٤٠) .

أم ألفان [١] ؟ فيه وجهان مرتبان ، وها هنا أولى بأن يكون رأس المال ألفًا ؛ لأنه لم يَبْقَ - مِمَّا يتناوله [٢] العقدُ الأولُ - شيءٌ ، هذا إذا تلف بآفة سماوية .

أما إذا تلف [٣] رأس المال أو بعضُه بإتلافِ أجنبي ، فالقراض مستمر ؛ والبدل ثابت في ذمته .

وإن أتلفه المالك ، فهو مسترد ، وعليه حصة العامل .

وإن كان بإتلاف العامل : انفسخ ؛ إذ لا يدخل البدل في ملك المالك إلا بقبضه منه .

* * *

---

(١) قوله : « ألف أم ألفان » غير واضحة في الأصل ، وواضحة في (أ) .

(٢) في (أ) : « تناوله » .

(٣) في (أ) : « ظهر » .

الباب الثالث : في حكم التفاسخ والتنازع

وفيه أربع مسائل :

المسألة الأولى : إذا انفسخ القراض بفسخ أحد المتعاقدين ، فإنه جائز من الجانبين ، فللمالِ ثلاثةُ أحوال :

الأولى : أن يكون ناضًّا من جنس رأس المال ، فاز به المالك إن لم يكن رَبحَ ، ولم يكن للعاملِ مَنْعُه ليسترِبح . وإن كان ربح عمل بموجب الشرط .

الحالة الثانية : أن يكون عُروضًا ، فإن لم يكن ربح ، فهل للمالك إجبارُ العامل على الردّ إلى النضوض ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن العقد قد انفسخ ، وهو لم يلتزم [1] أمرًا .

والثاني : نعم ؛ لأنه ملتزم أن يردَّ جنْسَ ما أخذ منه [2] ليخرج [3] عن العهدة [4] .

فإنْ رضي المالك بأن لا يباع ، فأبى العاملُ إلا البيع ، فهو ممنوع منه ، إلا إذا صادف زبونًا يشتري بزيادة يستفيد به ربحًا على رأس المال ، فعند ذلك يمكن .

فلو لم يبع وردَّ العروض ، فارتفعت الأسواقُ وظهر ربحٌ بعد الردّ ، فوجهان :

أحدهما : له [5] / طلبُ نصيبِه ، فإنه ردّ على ظنٍّ أنه لا ربح فيه [6] وقد ظهر الآن . ١١٤/أ

والثاني : لا ؛ لأنه ظهورٌ بعد الفسخ [7] .

وإن [8] كان في المال ربحٌ وجب على العامل أنْ ينضَّ رأس المال ، فيبقى الباقي

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « يُلزم » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « فيه » .

(٣) في (أ) : « يخرج » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٤٢) .

(٥) قوله : « له » ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) قوله : « فيه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٧) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٤٢) .

(٨) في (أ) : « فإن » .

مشتركًا . وليس عليه بَيْعُه ، فإنه لم يلتزمه .

وإن امتنع العامل من البيع أُجْبِرَ ؛ فإن الربح لا يظهر إلا بظهور قدرِ رأس المال بالتنضيض .

فإن قال : دعوني ، فقد تركتُ ربحي ، فإن قلنا : ملك بالظهور ، فلا يَسْقط بالإسقاط ، وإن قلنا : لا يملك ، فوجهان :

أحدهما : يسقط ، كالغنيمة قبل القسمة .

والثاني : لا ؛ لأنّ الغنيمة غيرُ مقصودةٍ في الجهاد [(١)] الذي هو إعلاء كلمة اللّه – تعالى – ، والربحُ مقصودٌ ، وقد تأكَّد سببُه .

فإن قلنا : لا يسقط ، فعليه البيع . وإن قلنا : يسقط ، فهو كما إذا لم يكن ربح ، ففيه وجهان.

فرع : ليس لأحدهما أن يطلب قسمة الربح ؛ لأنه يعرض جبر الخسران فيتضرر العاملُ بردّه إنْ طلب المالك ، والمالكُ بخروجِه عن جبر الخسران إن طلب العامل .

الحالة الثالثة : أن يردّ المال إلى نقدٍ لا من جنس رأس المال .

فيلزمه [(٢)] الردّ إلى ذلك الجنس ، وإن كان هو النقد الغالب ؛ لأن الربح لا يظهر إلا به .

[(٣)] فإن كان مكسرًا [(٣)] ورأسُ المال صحاحٌ ، فيشتري بها مثله [(٤)] إن وجد وإلا فيحذر [من] [(٥)] الربا ، ويشتري به الذهب [إذا كان رأس المال فضة غير مكسرة] [(٦)] وبالذهب الصحاح .

فلو اشترى به عَرَضًا ليبيعه بالذهب ، فهل يمكن ؟ فيه وجهان [(٧)] :

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « بالجهاد » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « يلزمه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « وإن كان مكسورًا » .

(٤) قوله : « مثله » ليس في (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) والأصح : الجواز . انظر : الروضة : (٥ / ١٤١) .

ووجه المنع : أن العرض قد يصير معوقًا عليه .

(المسألة الثانية) : إذا تفاسخا - وكان المالك قد استردّ من قَبْلُ طائفةً من المال - فإن لم يكن وقت الاسترداد لا ربح ولا خسران فلا إشكال ؛ إذ رأسُ المال هو الباقي ، وإن كان فيه ربح فما استردَّه وقع شائعًا ، فالقدر الذي يخص الربح يستقر للعامل نصيبه منه ، فلا يضيع بعد ذلك بخسران .

وإن كان في المال خسرانٌ ، فما استرده بحصة جزء من الخسران ، فلا يجب على العامل جَبْرُ القدر الذي يخص المستردّ من الربح الذي بعده . بيانهُ صورتان :

إحداهما : المالُ مائةٌ ، (١ وربح عشرين ١) ، فاسترد المالكُ عشرين ثم خسر عشرين فعاد إلى ثمانين : فليس للمالك أن يأخذ الكلَّ ، ويزعم أن رأس المال كان مائةً ؛ لأنه إذا استرد عشرين وهو سدسُ جملةِ المال ، فسدس العشرين ربح وهو ثلاثة وثلث ، فقد استقر للعامل نصفُه [٢] وهو درهم وثلثان [٣] ، فلا يلزمه جَبْرُ ذلك ، بل يأخذ هذا القدرَ من الثمانين ويرد الباقي .

الثانية : المالُ مائة ، وخَسِرَ عشرين ، واسترد [المالك] [٤] عشرين فصار ستين ، ثم ربح عشرين فترقى إلى ثمانين : فليس للمالك أن يقول : ربح عشرين بخسران عشرين والكلُّ لي ؛ لأنه خَسِرَ أولًا عشرين [فتوزع] [٥] على الباقي وهو ثمانون ، فيخصّ كلَّ واحد من عشرين خمسةٌ ، فلا يلزمه جَبْرُ تيك الخمسة ، فكأنه [٦] بقي المال خمسة وسبعين [٧] ، وإذا [٨] صار الآن ثمانين ، تكون [٩] الخمسة فضلًا فيقسم بينهما نصفين ؛

---

(١) في (أ) : « والربح عشرون » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « نصف » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « وثلثا درهم » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « وكأنه » .

(٧) في (أ) : « وسبعون » .

(٨) في (أ) : « فإذا » .

(٩) في (أ) : « فيكون » .

حتى يفوز المالك بسبعة وسبعين ونصف من جملة الثمانين الباقية .

(**المسألة الثالثة**) : القراض ينفسخ بالجنون والموت :

فلو مات المالك ، فلوارثه مطالبةُ العامل بالتنضيض ؛ حيث كان يجوز للمالك لو [(١)] فسَخَه بنفسه وهو حيٌّ ، ثم يُقدَّر ربح العامل ولا يُصْرف إلى ديون المالك ؛ لأنَّ حقَّه - وإن لم يملك بالظهور - لا يتقاعد عن حقّ المرتهن ، فيقدم على الديون . فلو أراد وارثُ المالكِ تقريره ، فقال : قررتُك [(٢] على ما مضى [٢)] ، فقال : قبلتُ ، ففيه وجهان يجري مثلهما في الوراث إذا قال : أجزتُ الوصية ، وقلنا : إنها ابتداء عطية ، ووجه المنع ظاهرٌ ؛ لأن ما مضى قد بطل فلا معنى للتقرير [(٣)] .

ووجه الجواز : أن التقرير يبنى على [(٤)] إعادة مثل ما سبق ؛ حتى طردوا هذا فيما إذا قال البائع [(٥)] [(٦] للمشتري بعد فسخ البيع [٦)] : قررتك على ما مضى ، ولم يسمح بهذا في النكاح بحالٍ ؛ لما فيه من التعبُّدِ .

هذا إذا كان المال ناضًا ، فإن كان عرضًا فوجهان [(٧)] . ووجه الجواز : أنه عرض هو اشتراه ، فلا يضيق عليه ، وقد تعينّ جنس رأس المال من قبل ، فأمكن الرجوع إليه بخلاف العقد على العروض [(٨)] ابتداء .

أما إذا مات العامل فقد انفسخ العقد ، فإن قرر المالك وارثه ، فالخلاف الواقع [(٩)] في لفظ التقرير ، كما مضى .

---

(١) قوله : « لو » ليس في (أ) . (٢) قوله : « على ما مضى » ليس في (أ) .

(٣) أصح هذين الوجهين : الجواز . انظر : الروضة : (٥ / ١٤٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٠) .

(٤) في (أ) : « عن » . (٥) كلمة : « البائع » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « بعد فسخ البيع للمشتري » .

(٧) وأصح هذين الوجهين : المنع . انظر : الروضة : (٥ / ١٤٣) .

(٨) في (أ) : « العرض » . (٩) قوله : « الواقع » ليس في (أ) .

أما إذا كان المال عَروضًا لم يَجُزْ ؛ لأنَّ وارث العامل لم يَشْتَرِ المالَ بنفسه ، فيكون العروض كلًّا عليه ، وإن لم يكن على العامل المشتري .

وعلى الأحوال كلها فلوارثِه طلبُ نصيبِ العامل من الربح ، وقطع الأصحاب بتجويز استئناف القراض معه وإن كان في المال ربح إذا كان المال ناضًّا ، وهذا يدل على أن القراض مع الشريك جائز إذا كان العامل مستبدًّا باليد ، فيقسم الربح على نسبة الملك ، ثم يقسم الباقي بالشرط .

فأما إذا كان الشريكان متعاونين على العمل ، والمالُ في يدهما لا يجوز تغييرُ نسبةِ الملك بالشرط . ولو اختصَّ أحدُهما بمزيدِ عملٍ ، ففي جواز ذلك وجهان / . ١١٤/ب

(المسألة الرابعة) : في التنازع ، وله صور :

الأولى : إذا تنازعا في تلفِ المال ، فالقولُ قولُ العامل ؛ لأنه أمين ما لم يتعدَّ كالمودَع ، وإن [(١)] تنازعا في الردّ فكذلك .

وقال العراقيون : في الردِّ وجهان ، وزعموا أنه لا يلحق في هذا بالمودَع على أحد الوجهين [(٢)] .

الثانية : لو اختلفا في قدر الربح المشروط فيتحالفان ؛ لأنه نزاعٌ في قدر العوض ، فإذا تحالفا سلّم كل الربح للمالك ، وليس [(٣)] للعامل إلا أجرة المثل [(٤)] .

الثالثة : [إذا] [(٥)] اختلفا في قدر رأس المال – ولا رِبْحَ – فالقول قول العامل ؛ لأنه نزاع في القبض ، والأصلُ عدمُه .

وإن كان فيه ربح (٦ فهو كذلك ٦) على الأصحّ ، وقيل : إنهما يتحالفان ؛ لأن

---

(١) في (أ) : « إذا » .

(٢) قال في الروضة : « الثانية : لو ادَّعى الردَّ صُدِّق بيمينه على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٥/ ١٤٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٣٤) .

(٣) في (أ) : « فليس » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « الأجرة » ، والمثبت من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « فكذلك » .

قدر الربح يتفاوت به .

الرابعة : في المال عَبْدٌ ، فقال المالك : اشتريتُه للقراض ، وقال العامل : بل [١] لنفسي ، أو بالعكس . فالقول قولُ العامل ؛ لأنه أعرف بنيته .

الخامسة : لو قال : كنت نهيتك عن شراء العبد فأنكر ، فالقول قوله إذ الأصل عدم النهي .

السادسة : تنازعا في الربح ووجودِه [٢] ، فالقولُ قولُ العامل ، فإنْ أقر بالربح ثم قال : غلطتُ ، أو كذبتُ خِيفَةَ أنْ يُنْتزع [٣] المال من يدي ، لم يُسمع رجوعُه .

وإن قال : صدقتُ، ولكن خسرتُ بعده ، فالقولُ قولُه .

السابعة : سلَّم رجلان ، كلُّ واحدٍ [٤] ألفًا إلى رجل ، فاشترى لكل واحدٍ عبدًا ، والتبس واعترفوا بالإشكال ، فقد نصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على قولين [٥] :

أحدهما : أنه يُباع العبدان ، ويُقسَّم الثمن عليهما بالسَّوِيَّة .

والثاني : أنهما يَنْقلبان إلى الوكيل ، ويغرم هو لهما [قيمتهما] [٦] بالسَّوية [٧] . فإن زاد فذاك ، وإن نقص غرم قدر النقصان ، وكأنه مُقَصِّرٌ بالنسيان ، وهذا فيه مَزِيدُ نظرٍ ذكرناه في المذهب البسيط . واللّه أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) قوله : « بل » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ووجوبه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « ينزع » .

(٤) كلمة : « واحد » ليست في (ب) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « القولين » ، والمثبت من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) انظر هذين القولين في روضة الطالبين : (٥ / ١٤٨ ، ١٤٩) .



كتاب المساقاة

وفيه بابان



الباب الأول : في أركانه

وهي أربعة :

الركن الأول : في الأصل الذي يُعْقد عليه العقد ، وله شرائط :

الأول : أن يكون شجرًا . والنخيل هو الأصل ؛ إذ ساقى رسولُ اللّه ﷺ أهل خيبر على النصف مما يخرج من تَمْرٍ وزَرْع (١) ، وهذه المعاملة قريبةٌ من القراض ، ولكن تخالفها في اللزوم والتأقيت ، فإنهما لا يليقان بالقراض ، وفي أن الثمار تُمْلك بمجرد الظهور ، فإنه ليس وقاية للنخيل بخلاف القراض ، وفي طريقة العراق وجه : أنه كالربح ، حتى يُخَرَّج على القولين . ثم لا خلاف [في] (٢) أن الكرم (٣ بمعنى النخيل ٣) لأن العمل عليهما يتقارب ، والزكاة تجب فيهما ، وفي سائر الأشجار المثمرة قولان :

أحدهما : أنها في معناهما ؛ للحاجة إليه .

والثاني : لا ؛ لأن العمل عليهما يقلّ ، فيمكن الاستئجار عليه (٤) .

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ١٤ ، ١٧) (٤١) كتاب الحرث والمزارعة (٨) باب المزارعة بالشطر ونحوه (٢٣٢٨) ، (٢٣٢٩) ، ومسلم : (٣ / ١١٨٦ - ١١٨٨) (٢٢) كتاب المساقاة (١) باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١٥٥١) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٠ ، ٢٦١) كتاب البيوع باب في المساقاة (٣٤٠٨ - ٣٤١٢) ، والترمذي : (٣ / ٦٦٦ ، ٦٦٧) (١٣) كتاب الأحكام (٤١) باب ما ذكر في المزارعة (١٣٨٣) ، والنسائي : (٧ / ٥٣) (٣٥) كتاب الأيمان والنذور (٤٦) باب ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة (٣٩٢٩ ، ٣٩٣٠) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٢٤) (١٦) كتاب الرهون (١٤) باب معاملة النخيل والكرم (٢٤٦٧ ، ٢٤٦٨) .

وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٥٩) حديث رقم : (١٢٧٩ ، ١٢٨٠) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « كالنخل » .

(٤) قال في الروضة : « الضرب الأول : ما له ثمرة كالتين ، والجوز ، والمشمش ، والتفاح ونحوهما ، وفيهما قولان : القديم : جواز المساقاة عليها .

والجديد : المنع ، وعلى الجديد في شجر المُقْل وجهان ، جوَّزها ابن سريج ، ومنعها غيره . قلتُ : الأصح : المنع ، واللّه أعلم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٠) .

ونعني بالشجر : كلّ ما [١] يثبت أصلُه في الأرض ويفصل [٢] ثمره .

أما المزارع وقصب السكر والبطيخ والقثاء والباذنجان ، فلا يعقد عليها هذه المعاملة ؛ لأن جميعها في معنى المخابرة والمزارعة .

والمخابرة : هي صورةُ هذه المعاملة على الأرض ، والبذرُ من العامل .

والمزارعة : هي بعينها ، والبذرُ من المالك .

وقد نهى رسول الله ﷺ عنهما ، وسَاقَى [٣] .

فقال الشافعي - رضي الله عنه - : لا يُرَدُّ إحدى السُّنَّتَيْنِ بالأخرى [٤] ؛ خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث أبطل المساقاة ؛ قياسًا على المزارعة [٥] .

---

(١) في الأصل ونسخة (أ) : « كلما » ، والمثبت من (ب) .

(٢) في (أ) « وانفصل » .

(٣) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ٦١) (٤٢) كتاب الشرب والمساقاة (١٧) باب الرجل يكون له مَمَرّ أو شرب في حائط أو نخل (٢٣٨١) ، ومسلم : (٣ / ١١٧٤) (٢١) كتاب البيوع (١٦) باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة (١٥٣٦) ، وأبو داود : (٣ / ٢٥٩) كتاب البيوع باب في المخابرة (٣٤٠٤) ، والترمذي : (٣ / ٥٨٥) (١٢) كتاب البيوع (٥٥) باب ما جاء في النهي عن الثنيا (١٢٩٠) ، (١٣١٣) ، والنسائي : (٧ / ٢٧٠) (٤٤) كتاب البيوع (٣٩) باب بيع الزرع بالطعام (٤٥٥٠) ، وابن ماجه :(٢ / ٨١٩) (١٦) كتاب الرهون (٧) باب المزارعة بالثلث والربع (٢٤٥٠) . وراجع : التلخيص الحبير : (٣ / ٥٩) حديث رقم : (١٢٨١ ، ١٢٨٢ ، ١٢٨٣) .

(٤) انظر : الأم (٣ / ٢٣٨) .

(٥) **مذهب الشافعية** : أنّ المساقاة جائزة ، ولا يجوز المزارعةُ ؛ لورود السنة بذلك .

ومذهب الحنفية : أن المساقاة بجزء من الثمرة باطلة أيضًا كالمزارعة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن المساقاة في النخل وحدائق الأعناب وسائر الأشجار التي تُثْمر جائزةٌ إذا كانت على مدة معلومة . انظر : الأم : (٣ / ٢٣٨) ، وروضة الطالبين : (٥ / ١٥٠ - ١٦٨) ، مختصر الطحاوي : (٢٧) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤ / ٣٨٩) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣ / ٧٩) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٨٣) .

ثم البقل من قبيل الزرع ، وإن ثبتتْ أصولُه [١] .

فإن قيل : فقد سَاقَى - عليه السلام - على الزرع والتمر جميعًا [٢] ؟ قلنا : لا جرم بقول تصح المزارعة تبعًا للمساقاة في الأرض [٣] المتحللة [٤] بين النخيل بخمسة شرائط ، اثنان متفقٌ عليهما :

وهو : أن يكون العامل على النخيل والزرع واحدًا .

والثاني : أن تكون الأراضي بحيث لا يمكن إفرادُها بالعمل ؛ إذ بِسَقْيِها وتَقْلِيبها ينتفع النخيل [٥] .

واختلفوا في ثلاث شرائط [٦] :

أحدها : اتحاد الصفقة ، فلو عقدها في صفقتين ، فثلاثةُ أوجه :

أحدها : أنه يصح ، ثم إنْ أخرت المزارعة تبعت المساقاة السابقة ، وإن قدمت كانت موقوفة الصحة على المساقاة بعدها .

والثاني : لا يصح مطلقًا ؛ لانعدامِ التبعية بالتمييز [٧] .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أصولها » ، والمثبت من (أ) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ١٤ - ١٧) (٤١) كتاب الحرث والمزارعة (٨) باب المزارعة بالشطر ونحوه (٢٣٢٨ ، ٢٣٢٩) ، ومسلم : (٣ / ١١٨٦ - ١١٨٨) ، (٢٢) كتاب المساقاة (١) باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١٥٥١) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٠ ، ٢٦١) كتاب البيوع - باب في المساقاة (٣٤٠٨ - ٣٤١٢) ، والترمذي : (٣ / ٦٦٦ ، ٦٦٧) (١٣) كتاب الأحكام (٤١) باب ما ذكر في المزارعة (١٣٨٣) ، والنسائي : (٧ / ٥٣) (٣٥) كتاب الأيمان والنذور (٤٦) باب ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة (٣٩٢٩ ، ٣٩٣٠) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٢٤) (١٦) كتاب الرهون (١٤) باب معاملة النخيل والكرم (٢٤٦٧ ، ٢٤٦٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٥٩) حديث رقم : (١٢٧٩ ، ١٢٨٠) .

(٣) في (أ) : « الأراضي » .

(٤) في (ب) : « المتخللة » .

(٥) في (أ) : « النخيل » .

(٦) في (أ) : « شروط » .

(٧) في (أ) : « بالتمييز » .

والثالث : إنْ قُدمت المزارعة فسدتْ ؛ إذ لا متبوع ، وإن أخرت صحَّت [١] ، ثم لو جمعهما في صفقة [واحدة] [٢] ولكن جَعَل [٣] للعامل من الثمارِ النصفَ ، ومن الزرع جزءًا [٤] آخر - أقلّ أو أكثرَ - ففيه أيضًا ترددٌ ؛ لأن التغاير يكاد يقطع حكم التبعية [٥] .

والثاني : أن لا تكثر الأراضي ، فإن كثرت - إما بكثرة الارتفاع بالإضافة إلى النخيل ، أو باتساع السّاحة بالإضافة إلى مغارس النخيل - فوجهان ، والأصح الصحة مهما لم يمكن إفرادُها [٦] بالعمل مع الكثرة .

الثالث : أن يكون البذر من رَبّ النخيل [٧] ، فإن كان من العامل فقد حصل نوعُ مغايرةٍ بين الجنسين ، ففي انقطاع التبعية وجهان .

الشرط الثاني : أن يكون شجرًا غير بارزة الثمار عند المساقاة : فإن برزت الثمار نصَّ في القديم أنها فاسدةٌ ؛ إذ لم تخرج الثمار بعمله ، وهو موضوع العقد ، ونصَّ في

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « صحَّ » ، والمثبت من (أ) .

وقال في الروضة : « أحدها : اتحاد الصفقة ، فلفظ المعاملة يَشمل المزارعة والمساقاة . فلو قال : عاملتك على هذا النخيل والبياض بالنصف ، كفى .

وأما لفظ المساقاة والمزارعة ، فلا يغني أحدُهما عن الآخر ، بل يُساقي على النخيل ، ويُزَارع على البياض ، وحينئذٍ إن قدَّم المساقاة نُظِرَ ، إن أتى بهما على الاتصال فقد اتحدت الصفقةُ ووُجِدَ الشرط . وإنْ فَصَل بينهما ، فقيل : لا تصح المزارعة ؛ لحصولهما لشخصٍ . والأصحُّ : المنع ؛ لأنها تَبَعٌ ، فلا تُفْرد كالأجنبي .

وإن قدَّم المزارعة فسدت على الصحيح ؛ لأنها تابعة . وقيل : تنعقد موقوفةً . فإن ساقاه بعدها بانت صحتُها ، وإلا فلا » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٧٠) .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) كلمة : « جعل » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « جزء » .

(٥) والأصح : الجواز . انظر الروضة : (٥ / ١٧٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٤٩) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « إفراده » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « المال » ، والمثبت من (أ) .

الجديد على أنه إذا جاز قبل البروز فَبَعْدَه أجوزُ وعن الغرر أبعدُ ؛ لأنه بقي العملُ ، والثمر صار موثوقًا به [١] .

الشرط الثالث : أن تكون الحديقةُ مرئيةً :

فإنْ ساقاه [٢] على ما لم يَرَ ، فطريقان / : ١١٥/أ

أحدهما : فيه قولان كبيع الغائب .

والثاني : البطلان ؛ لأنه عقدُ غررٍ فلا يُحْتمل فيه هذا الجهل [٣] .

الركن الثاني : في المشروط للعامل وهو الثمار :

فليكن مشروطًا [٤] على الاستهام ، ومخصوصًا بهما ، ومعلومًا بالجزئية لا بالتقدير ، كما ذكرناه في الربح في القراض ، ونُنَبِّهُ ها هنا على (٥ أمورٍ ثلاثة ٥) :

الأول : أنه لو ساقى على وَدِيّ نظر ، فإن لم يكن مغروسًا ، فقال : خُذْه واغرسْه ، فإن علق فهو بيننا ، فهو فاسدٌ ؛ لأنه تسليمُ بذرٍ ، فهو في معنى المزارعة .

فإن [٦] قال : اغرسه ونَمِّه ، وما حصل من الثمار فهو بيننا ، فهو أيضًا فاسد ؛ إذ الغرسُ ليس من أعمال المساقاة ، وقد ضمَّ إليها [٧] فكان كما إذا ضمَّ غير التجارة إليها [٨] في القراض .

---

(١) والقول الجديد هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٥٢) . وانظر : الأم : (٣ / ٢٣٨) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « سَاقَى » .

(٣) وهذا القول الثاني هو المذهب . انظر : الروضة : (٥ / ١٥١) .

(٤) في الأصل : « مشروط » . (٥) في (أ) : « ثلاثة أمور » .

(٦) في (أ) : « وإن » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « إليه » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « إليه » ، والمثبت من (أ) .

وفي الصورتين وجه : أنه لا يصح ، حكاه صاحب التقريب .

أما إذا كان مغروسًا نُظِرَ ، فإن ساقاه عليه مدةً لا يُثْمر فيها إلا بثمرة تحصل بعد المدة فهو باطل ، إذ ما [1] يحصل بعد مضيّ [2] المدة لا يتعلق به العقد .

وإن [3] كان يعلم حصوله في المدة ولو في آخر السنين ، وساقاه على عشر سنين - مثلًا - فهو صحيح ، وخلوُّ أولِ المدة عن الثمار كَخُلُوِّ أول السنة الواحدة .

وإن كان يَتَوَهّم الثمرةَ ولا يَعْلم ، قال القاضي : إن غلب الوجودُ صحَّ ، وإن غلب العدم بَطَلَ ، وإن تساوى [4] الاحتمالُ فوجهان .

وقيل : إن غلب العدمُ بطل ، وإن غلب الوجودُ فوجهان [5] . وقيل عكسُه أيضًا [6] .

أما إذا كان بحيث يثمر كلَّ سنة ، فساقاه عَشْرَ سنين على جزء من ثمرة السنة الأخيرة ، فوجهان :

أحدهما : أنه يجوز ، ولْيُقَدَّر ما سبق معدومًا .

[و] [7] الثاني : لا ؛ لأنه [8] تعريةُ العملِ عن العوض في مدة وجود ما حقُّه [9] أن يكون عوضًا في هذا العقد [10] .

---

(١) في (أ) : « لا » .

(٢) كلمة : « مضيّ » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (ب) : « تساوت » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « وجهان » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قوله : « أيضًا » ليس في (أ) ، (ب) . والأصح : أنه إنْ قدّر بمدةٍ تحتمل الإثمارَ وعدمَه لم يصح . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٦ ، ٣٢٧) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « لأن » .

(٩) في (أ) : « وضعه » .

(١٠) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٨) .

وفي أصلِ زيادةِ مدةِ المساقاة على سنةٍ كلامٌ يجري مثلُه في كل إجارة ، وسيأتي في كتاب الإجارة .

الأمر الثاني : لو كان في [(١)] البستان عجوة وصيحاني ، فقال : ساقيتك على أن لك من الصيحاني نصفَه ، ومن العجوة رُبُعَه : لا يصح ما لم يعرف قدرَ [(٢)] العجوة والصيحاني [(٢)] - أعني الأشجار - نظرًا أو تخمينًا .

وإن شرط النصف منهما ، فلا يُشترط هذه المعرفة . وكذلك إذا ساقى رجلان واحدًا على أن له النصفَ من نصيبيهما ، ولا يُشترط معرفتُه بقدر [(٣)] النصيبين ، وإن تفاوت الشرطُ وجبت المعرفة .

ولو قال : ساقيتُك على النصفِ إنْ سقيتَ [(٤)] بالنَّضْح ، أو الربعِ إنْ سقيت بالسماء فهو فاسدٌ ؛ لأنه مرددٌ بين جهتين .

الأمر الثالث : أن أحد الشريكين في النخيل [(٥)] لو ساقى شريكه على أن يتعاونا على العمل فهو فاسد ؛ إذ رَبُّ النخيلِ لا ينبغي أن يخوض في العمل .

ولو كان الشريكُ العامل يستبدُّ بجميع العمل ، صحت المساقاة بشرط أنْ يشترط له مزيدًا [(٦)] على ما تقتضيه نسبةُ الملك .

فلو كان بينهما نصفين ، فشرط له النصفَ فلم يشرط [(٧)] له شيء فتفسد المساقاة ، ولا يستحق أجرةَ المثل عند المزني ، ويستحق عند ابن سريج .

ولو شرط له الكل فيفسد [(٨)] ، وفي أجرة المثل وجهان [(٩)] ، مأخذُهما : أنه لم يَنْوِ

---

(١) قوله : « في » ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « الصيحاني والعجوة » .

(٣) في (أ) : « قدر » .

(٤) في (أ) : « أسقيت » .

(٥) في (أ) : « النخل » .

(٦) في (أ) : « مزيد » .

(٧) في (أ) : « يشترط » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يفسد » .

(٩) وأصح هذين الوجهين : أن له الأجرة . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٣) .

بعمله مستأجره ، فضاهى [1] الأجير في الحج ، إذا نوى بعد التلبية صرف الحج إلى نفسه ، فلا ينصرف إليه ، وهل تَسْقط أجرتُه ؟ فيه وجهان .

الركن الثالث : العمل الموظف على العامل :

وله شرائط ينبه عنها [2] ما ذكرناه في القراض .

الأول : أن [يكون] [3] لا يشترط عليه عملٌ ليس من المساقاة .

الثاني : أن يستبدَّ باليد في الحديقة ؛ ليتمكن من العمل ليلًا ونهارًا . فلو شرط المالك اليد لنفسه فسَدَ . ولو سلَّم المفتاح إليه ، ولكن بشرط [4] أن يدخل هو أيضًا ، ففيه [5] خلاف ، والأصحُّ [6] الجوازُ .

الثالث : أن يعرف بتأقيت مدة العقد لا بتعيين العمل . ثم يجوز التعريف بالسَّنة العربية ، وهل يجوز التعريف بإدراك الثمار ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه يتفاوت [7] بالبرد والحرّ [8] .

والثاني : نعم ؛ لأنه المقصودُ وهو متقارب [9] .

وإن عرف بالأشهر فجائز .

---

(١) في (أ) : « فيضاهي » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « عليه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « شرط » .

(٥) في (أ) : « فيه » .

(٦) قال في الروضة : « الصحيح » .

(٧) في (ب) : « تتفاوت » .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح عند جمهور الشافعية . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٢٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٢٥٥) .

(٩) في الأصل : « متفاوت » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

فرع :

لو سَاقَى سنتين [١] ، فهو شريك في كل سنة . فلو برز شيء في آخر السنة الأخيرة من الثمار ، وانقضت المدة قبل الإدراك ، فالعامل [٢] شريك فيما برز في مدة عمله .

الشرط الرابع [٣] : أن ينفرد العاملُ بعمله ، وأن لا يشترط [٤] مشاركة المالك في العمل ، فإنْ شرط فهو فاسد ؛ لأنه تغيير الموضع [٥] كما في القراض .

وإن شرط أن يعمل غلامُ المالكِ معه ، فقد نَصّ الشافعي - رضي اللّه عنه - على الجواز [٦] ، وذكر الأصحاب ثلاثة أوجه :

أحدها : المنع ها هنا وفي القراض ؛ لأنّ يَدَ العبد يَدُ المالك ، فيبطل الاستبدادُ باليد .

والثاني : الجواز ؛ لأن العبد يكون مستعارًا [٧] على التحقيق ، فالإعانةُ به [٨] كالإعانة بالثيران ، ولا خلافَ في جوزاها شرطًا .

والثالث : أنه يصح في المساقاة ؛ إذ مِنَ الأعمالَ ما يجب على المالك ، كبناءِ الجدران وحِفْظِ الأصول كما سيأتي [٩] ، بخلاف القراض فلا عمل فيه على المالك .

---

(١) في (ب : « سنتين » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « والعامل » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (ب) : « الثالث » .

(٤) في (ب) : « وأن لا يشرط » .

(٥) في (أ) : « الوضع » .

(٦) انظر : الأم : (٣ / ٢٣٨) ، مختصر المزني : (٣ / ٧٣) .

(٧) كلمة : « مستعارًا » ليست في (أ) .

(٨) قوله : « به » ليس في (أ) ، وفي (ب) : « فلا به » .

(٩) قال في الروضة : « وإن شرطا أن يعمل معه غلامُ المالك جاز على المذهب والمنصوص . وقيل : وجهان كالقراض . هذا إذا شرطا معاونةَ الغلام ، ويكون تحت تدبير العامل . فلو شرطا اشتراكهما في التدبير ، ويعملان ما اتفقا عليه لم يجز بلا خلاف » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ١٥٥) .

التفريع [1] : إذا حكمنا بالجواز ، فنفقةُ الغلام على مَنْ ؟

إن شرط على المالك أو أطلق ، [2] فهو عِليه [2] ؛ لأنه شرطُ إعانةٍ .

وإن شرط على العامل ، ففي جواز ذلك وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه قطع لنفقة الملك عن المالك .

والثاني : نعم ؛ لأنّ الأصل أنّ العملَ عليه ، فلا يبعد أنْ ينفق على مَنْ يعينه [3] ، وفي طريقة العراق : أنه يتبع / فيه الشرط قطعًا .

١١٥/ب

وإن [4] أطلق فثلاثة أوجه : أحدها : أنه على المالك [5] . والثاني : أنه على العامل .

والثالث : أنه من الثمرة ، وهو بعيدٌ ؛ إذ ردّ الشافعي - رضي الله عنه - على مالك - رحمه الله - حيث أوجب نفقةَ العبيد [6] على العامل عند الإطلاق ، فقال [7] : أَوْجِبْ أجرةَ مثلِ أجرة [8] العبيد إنْ كنتَ تُوجِبُ النفقةَ [9] .

---

(١) كلمة : « التفريع » ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « فعليه » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٥) .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) وهذا الوجه هو المذهب الذي قطع به الجمهور . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٥ ، ١٥٦) .

(٦) في (ب) : « العبد » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « وقال » ، والمثبت من (أ) .

(٨) كلمة : « أجرة » ليست في (أ) .

(٩) **مذهب الشافعية** : أنّ نفقة الغلام الذي يُعاون العاملَ : إن شرطت على المالك جاز . وإن شرطت على العامل جاز على الأصح . وإن لم يتعرض المالكُ ولا العاملُ للنفقة أصلًا ، فالمذهبُ والذي قطع به الجمهور : أنها على المالك ، وفي وجه : أنها من الثمرة ، وفي وجه : أنها على العامل . وهذا الوجه الأخير =

فرع : لو شرط أن يستأجر العامل أجيرًا ، والأجرة على المالك لم يجز إن [1] لم يَبْقَ للعاملِ عملٌ ، وإن بقي له الدهقنة والتحذق في الاستعمال فوجهان [2] .

الركن الرابع : في [3] الصيغة :

وهي [4] أن يقول : ساقيتُك على أنَّ لك نصفَ الثمار ، أو عاملتك ، فيقول : قبلتُ ، أو أن يقول : اعْمَلْ على هذه النخيلِ من الثمار فَقَبِلَ [5] . فلابد [6] من القَبول ، فإن هذا العقدَ لازمٌ بخلافِ القراض والوكالة ، ففيهما وَجْهٌ تقدَّم .

ولو قال : استأجرتك على العمل بالنصف ، فالظاهر البطلانُ ؛ لأنه يستدعي شروطًا [7] .

وفيه وجه : أنه يجوز ؛ لأنه مساقاةٌ ولكنْ بلفظِ الإجارة .

نعم ، لو كانت الثمار [8] بارزةً وعَيَّنَ العملَ ، واستأجره بجزءٍ من الثمر [9] جاز بعد بُدُوِّ الصلاح ، وقبلَه غيرُ جائز ؛ لأنه شرط القطع أيضًا ، فَقَطْعُ الشائعِ غيرُ ممكنٍ إلا بتغييرِ عَيْنِ المبيع ، فيكون كبيع بعض النصل .

= هو مذهب المالكية . ورُويَ عن مالك أيضًا أنها على المالك إلا أن يَشْترطها على العامل ، ورُوي عنه أنه كره اشتراطها على العامل . انظر : الأم : (٣ / ٢٣٩) ، مختصر المزني : (٣ / ٧٣) ، وروضة الطالبين : (٥ / ١٥٥) ، الكافي : (٣٨٢) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : (٣ / ٥٤١) .

(١) في (أ) : « لأن » .

(٢) قال في الروضة : « ولو شرط استئجار العامل مَنْ يعمل معه من الثمرة بطل العقد . ولو شرط كون أجرة من يعمل معه على المالك بطل على المذهب ، وبه قطع الأصحاب ، وشَذَّ الغزالي فذكر في جوازه وجهين » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٥٦) .

(٣) في (ب) : « الركن الرابع : الصيغة » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) . (٥) في (أ) : « فيقبل » .

(٦) في (أ) : « ولابد » . (٧) في (أ) : « مشروطًا » .

(٨) في (أ) : « الثمرة » . (٩) في (أ) : « الثمرة » .

الباب الثاني : في حكم المساقاة الصحيحة

ولها أحكام ستة :

الحكم الأول : أن العاملَ يَلْزمه كلُّ ما يتعلق به صلاحُ الثمار (١) مما يتكرر في كل سنةٍ ؛ كالسَّقي وتقليب الأرض ، وقطعِ القضبان ، وتنحية الحشيش ، وكَنْسِ البئر والنهر ، (٢ وتصريف الجريد ٢) ونقلِ الثمار إليه (٣) .

وما لا يتكرر في كل سنة ، بل تبقى فائدتُه سنين (٤) ، كبناءِ الحيطان ، وشراءِ الثيران ، ونَصْبِ الدولاب ، وحَفْرِ الأنهار ، والقُنَى الجديدة ، فهو على المالك ، وترددوا في حفظ الثمار بالناظور (٥) ، وفي جذاذها (٦) ، وفي ردم ثَلْمٍ يتفق في أطراف الجدران : فمنهم مَنْ رأى ذلك على العامل في العرف (٧) .

ومن هذا ذكر خلاف في صحة المساقاة المطلقة دون تفصيل الأعمال ؛ لاضطرابِ العرفِ في هذه الأمور ، والصحيحُ : الصحةُ عند الإطلاق . ثم يحكم كل فريق بما يراه لائقًا بالعامل (٨) .

الحكم الثاني : إذا هرب العاملُ قبل تمام العمل . فالقاضي يستأجر مَنْ يعمل ، ويقترض (٩) عليه .

---

(١) في (أ) : « الثمرة » .

(٢) في الأصل : « وتصريف الجرير » ، وفي (ب) : « وتصفية الجرين » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « إليها » . (٤) في (أ) : « للسنين » .

(٥) في (أ) : « الناظور » .

(٦) والصحيح : أنه يلزم العاملَ جذاذُ الثمار ، وبه قطع الأكثرون . انظر : الروضة : (٥ / ١٥٩) .

(٧) والأصح : اتباع العرف في رَدْم الثلم التي تتفق في الجدران . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٦٠) .

(٨) في (أ) : « بالعمل » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يقرض » ، والمثبت من (أ) .

فإن عمل المالك بنفسه ، أو استأجر عليه ، أو استقرض : فهو مُتَبَرِّعٌ ولا [١] رجوعَ له ، وكلُّ الثمارِ للعامل .

هذا إن قدر على الرجوع إلى القاضي . فإن لم يقدر وعمل بنفسه [٢] ، أو استأجر عليه ، فثلاثة أوجه :

أحدها : لا يرجع ؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون حاكمًا لنفسه على غيره .

والثاني : نعم ؛ للضرورة .

والثالث : إنْ أَشْهَدَ يرجع ، وإلا فلا [٣] .

ثم له أن يفسخ عند هرب العامل .

فإن عجز عن استيفاء المعقود عليه ، فلو [٤] قال الأجنبيُّ : لا تَفْسَخْ حتى أنوب عنه : جاز له الفسخُ ؛ فربما لا يرضى بدخولهِ بستانَه [٥] .

فلو عمل الأجنبيُّ قبل أنْ يَشْعر به المالكُ ، فالثمرة [٦] للعامل ، والأجنبيُّ متبرعٌ عليه لا على المالك .

ثم إذا فسخ ، فإن كان قد مضى شيء من العمل ، فللعاملِ أجرةُ مثلِ ذلك المقدار ، ولا نقول : تُوَزَّع الثمارُ على نسبة أجرة المثل ؛ إذِ الثمارُ ليس معلومَ [٧] المقدارِ في أول

---

(١) في (أ) : « فلا » .

(٢) قوله : « بنفسه » ليس في (ب) .

(٣) قال في الروضة : « وإن فعل المالك بنفسه ، أو أنفق عليه ليرجع ، يُنْظَر : إن قدر على مراجعة الحاكم - أو لم يقدر ، وقدر على الإشهاد فلم يفعل - لم يرجع ، لأنه عذر نادر . وحُكي وجه : أنه يرجع وإن تمكّن من الإشهاد ، وهو شاذ .

وإن أشهد رجع على الأصح ؛ للضرورة . وقيل : لا ؛ لئلا يصير حاكمًا لنفسه » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ١٦١) .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) كلمة : « بُستانه » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « فالثمر » .

(٧) في (أ) : « معلومة » .

العقد ؛ حتى يقتضي العقدُ فيه توزيعًا .

الحكم الثالث : إذا ادّعى المالك عليه خيانةً أو سرقةً ، فالقولُ قولُه ؛ فإنه [١] أمين .

فإن أقام حجة نُصِبَ عليه مشرفٌ [٢] إن أمكن أن يحفظ به ، وأَلَّا تزال يدُه ، ويَسْتأجر عليه ، ثم أجرة المشرف على العامل إن ثبت [٣] خيانتُه بإقرارِه أو ببينةٍ ، وإلا فعلى المالكِ .

الحكم الرابع : إذا مات المالكُ لم ينفسخ العقد ، وبقي مع الورثة . وإن [٤] مات العامل لم ينفسخ أيضًا ، قطع به المزني [٥] ، وهو المذهب ، وفيه وجه .

ثم على الوراث إتمامُ العملِ من تركته ، وله [حصة من] [٦] الثمار إذا تمم ، وإن لم يكن [له] [٧] تركةٌ فله أنْ يتمم لأجل الثمار ، فإنْ أَبى لم يُجْبَرْ عليه [٨] ؛ إذ لا تركة ، ولا يلزمه عمل غيره ، هذا إذا أُورِدَتِ [٩] المساقاةُ على الذمة وهو شرطها ، فإنْ أُورِدَتْ على العين ، ففي صحتها نظر ؛ لأن فيه نوع تضييقٍ . فإنْ صحح ، فينفسخ بموت العامل .

الحكم الخامس : إذا خرجت الأشجارُ مستحقةً بعد تمام العمل : يرجع [١٠] العامل بأجرة مثلِه على الغاصب [١١] .

وقيل : إنه يخرج على قولَي الغرور .

وأما الثمار - إنْ بقيت - فكلُّها للمالكِ .

---

(١) في (ب) : « لأنه » .

(٢) في (أ) : « نَصَبَ عليه مشرفًا » .

(٣) في (أ) : « تثبت » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) انظر : مختصر المزني : (٣ / ٧٧) ، روضة الطالبين : (٥ / ١٦٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٣١) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) قوله : « عليه » ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « وردت » .

(١٠) في (أ) : « رجع » .

(١١) وهذا هو الصحيح . انظر : الروضة (٥ / ١٦٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٣١) .

وإن تلفت بعد أن قسم ، فما قبضه العاملُ لنفسه مضمونٌ عليه [١] ، ويَسْتقر عليه الضمان ؛ لأنه أخذه [٢] عِوَضًا كالمشتري .

وأما حصة الغاصب إن تلف قبل القسمة ، أو على الأشجار ، أو تلف شيء من الأشجار ، ففي مطالبة العامل به وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنّ أقلّ درجاتِه أن يكون كالمودع فيه .

والثاني : لا ؛ لأنّ يدَه تثبت على الأشجارِ ونصيبِ المالك تحقيقًا وإنما هو عاملٌ عليها ، ويَدُ المالكِ مستدامة [٣] حكمًا ، وهو ضعيف .

الحكم السادس : إذا تنازع العاقدان في القدر المشروط من الثمار تحالفا وتفاسخا ، وحُكْمُ تنازُعِهما ما ذكرناه في القراض .

* * *

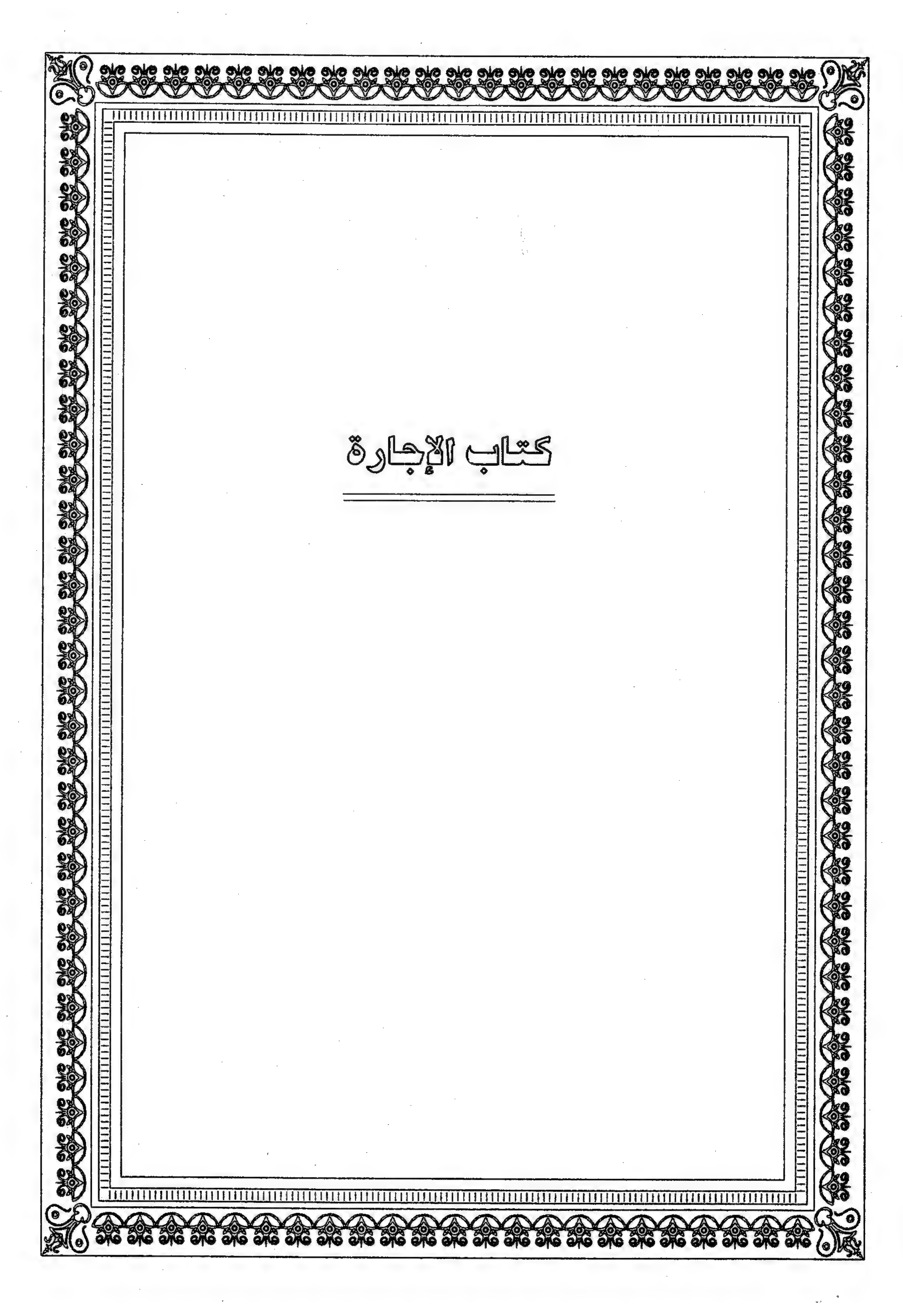
---

(١) قوله : « عليه » ليس في (أ) .

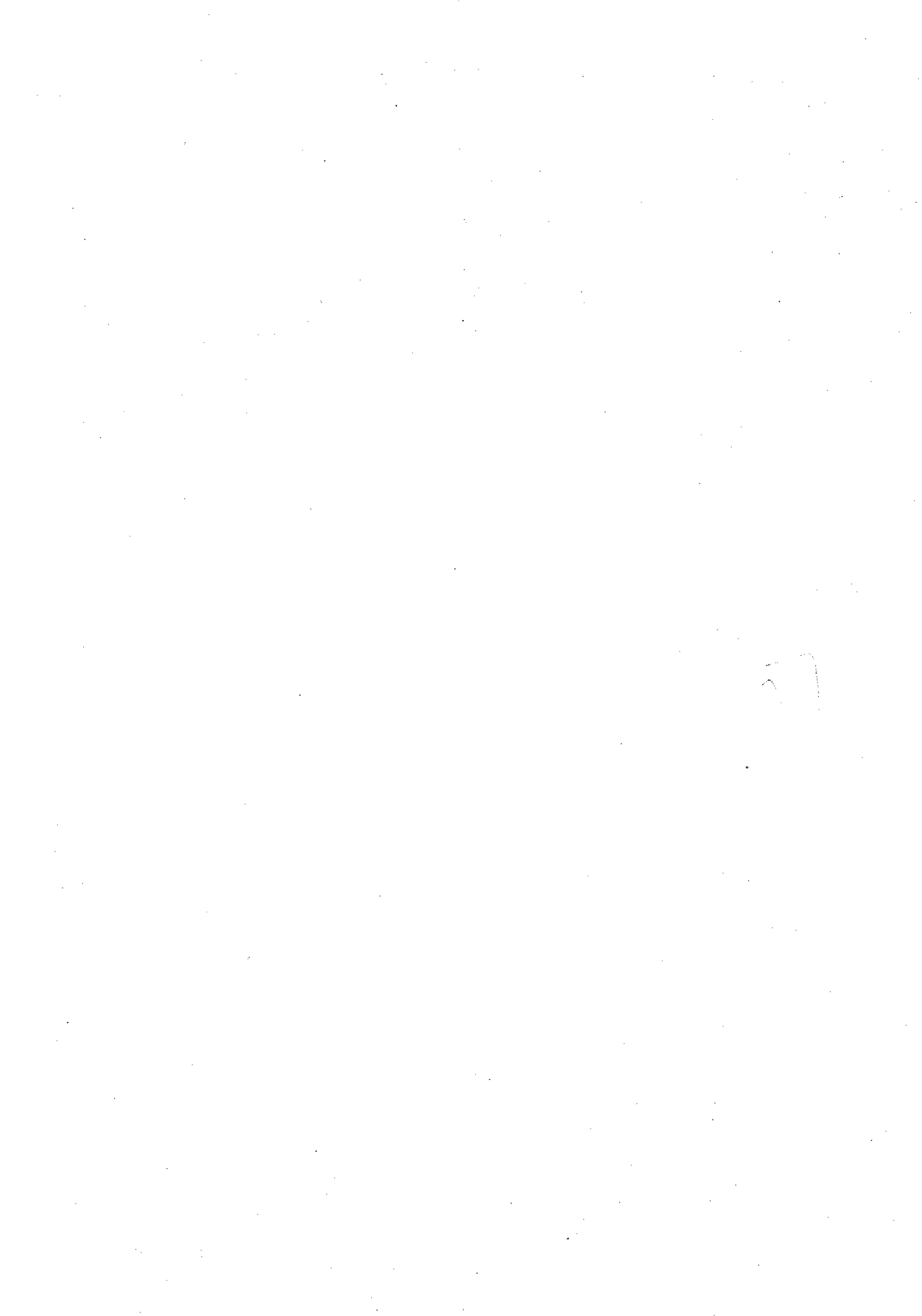
(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « أخذ » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « مستدام » ، والمثبت من (أ) .





كتاب الإجارة



كتاب الإجارة

١١٦/أ

والإجارةُ صنفٌ من البيوع ، موردُها / المنفعةُ .

وصحتُها مجمعٌ عليها ، ولا مبالاةَ بخلاف ابن كيسان ، والقاساني .

ويدل على صحتها : قصةُ شعيب واستئجارُه موسى – عليهما السلام – ، وقولُه – تبارك تعالى – : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ (١) ، وقولُه ﷺ : « أعْطوا الأجيرَ أَجْرَه قَبْلَ أنْ يَجفَّ عَرَقُه » (٢) ، وقوله [حكاية] (٣) عن ربه تبارك وتعالى : « ثلاثةٌ أنا خَصْمُهم ، ومَنْ كنتُ خَصْمَه [فقد] (٤) خصمتُه : رجلٌ باعَ حرًّا فأكل ثمنَه ، ورجلٌ استأجر أجيرًا فاستوفى منفعته ولم يؤدِّ أجْرَه (٥) ، (٦ ورجلٌ أعطاني ٦) صفقة يمينِه ثم غدر » (٧) .

ومقصودُ الكتابِ تحصرُه ثلاثةُ أبوابٍ :

---

(١) سورة الطلاق ، أية : (٦) .

(٢) الحديث أخرجه ابن ماجه : (٨١٧/٢) (١٦) كتاب الرهون (٤) باب أجر الأجراء رقم : (٢٤٤٣) ، والبيهقي فى السنن الكبرى : (١٢١/٦) كتاب الإجارة – بابُ إثم من منع الأجير أجره ، ومعرفة السنن والآثار : (٣٣٦/٨) ، وأورده الزيلعي فى نصب الراية : (١٢٩/٤) من كتاب الإجارات ، والهيثمى فى مجمع الزوائد : (٩٧/٤) . وراجع : التلخيص الحبير : (٥٩/٣) حديث رقم : (١٢٨٤) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « أُجرته » .

(٦) في (ب) : « ورجل أُعطي إليه » .

(٧) الحديث أخرجه البخاري : (٤٨٧/٤) (٣٤) كتاب البيوع (١٠٦) باب إثم من باع حُرًّا (٢٢٢٧) ، وابن ماجه : (٨١٦/٢) (١٦) كتاب الرهون (٤) باب أجر الأجراء (٢٤٤٢) ، وأحمد في مسنده : (٣٥٨/٢) ، والبيهقي في السنن ومعرفة السنن والآثار : (٣٣٥/٨) حديث رقم : (١٢١٠٩) . وراجع : التلخيص الحبير : (٦٠/٣) حديث رقم : (١٢٨٤) .

الباب الأول : في أركان الإجارة .

وهي ثلاثة : الصيغة ، والأجرة ، والمنفعة .

أما العاقدان : فلا يخفى أمرهما .

الركن الأول : الصيغة [١] :

وهي ثلاثة :

إحداها [٢] : الإجارةُ والإكراهُ ، فإذا قال : أجرتُك الدارَ [٣] أو أكْرَيْتُكَهَا . فقال : قبلتُ ، صَحَّ ، وشرطُها : الإضافةُ إلى عينِ الدار لا إلى المنفعة .

الثانية : لفظ التمليك ، فإذا قال : ملكتك منافع الدار شهرًا ، صَحَّ ، وشرطُها : الإضافةُ إلى المنفعة لا إلى الدار .

الثالثة : لفظ البيع ، فإن قال : بعتك [٤] الدار شهرًا ، فهو بيع [٥] مؤقت فاسد ، وإن [٦] قال : بعتُك منفعة الدار ، فوجهان :

أحدهما : الجواز ، كلفظ التمليك ، وهو اختيار ابن سريج .

والثاني : المنع ، وهو الأظهر [٧] : لأن البيع مخصوص بالأعيان عرفًا .

الركن الثاني : الأجرة :

وحكمُها إن كانت في الذمة حُكْمُ الثمنِ ، وإن كانت معينةً حُكْمُ البيعِ ، وقد سبق شرائطهما ، ونُنَبِّهُ الآنَ على ثلاثة أمور :

---

(١) كلمة : « الصيغة » ليست في (ب) .

(٢) في (أ) : « أحدها » .

(٣) كلمة : « الدار » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « بعت » .

(٥) كلمة : « بيع » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) قال في الروضة : « الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (١٧٣/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٣/٢) .

الأول : أنّ الإعلامَ شرطٌ ، فلو أجر الدار بعمارتها لم يجز ؛ فإنّ العمارة مجهولةٌ ، ولو أجر بدراهم معلومةٍ ليصرفها إلى العمارة لم يصح ؛ لأنّ العمل في الصرف إلى العمارة مجهولٌ ، فتصير (١) الأجرةُ مجهولةً .

ولو أشار إلى صُبْرَةٍ من الدراهم ، أو من الحنطة جزافًا وجعلها أجرةً ، منهم مَنْ ألحق بالمبيع فَجَوَّزَ (٢) ، ومنهم (٣) من ألحق برأس المال (٤) في السَّلَم ، لأنه عقدُ غررٍ فَخَرَّجَ على القولين .

الثاني : إذا استأجر السلاخ بالجلد بعد السلخ ، (٥) وحمّال الجيفة (٦) بجلد الجيفة ، والطحان بالنخالة ، فهو فاسد ؛ لنهيه - عليه الصلاة والسلام - عن قفيز الطحان (٧) . ولأنه باع جزءًا متصلًا بعين المبيع قبل الفصل فهو (٨) كبيعِ نصفٍ من الفصل (٩) .

ولو استأجر المرضعةَ بجزءٍ من المرتضع الرقيق بعد الفطام ، ومُجتنيَ الثمار بجزء من الثمار بعد القطاف ، فهو أيضًا فاسدٌ لما سَبَقَ .

أما إذا جَعل الأجرةَ جزءًا من الرقيق في الحال ، وجزءًا من الثمار قبل القطاف ، فقد أطلق الأصحابُ إفسادَه ؛ تخريجًا على ما سبق .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فيصير » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « فيجوز » .

(٣) المذهب : الجواز . انظر : الروضة : (١٧٥/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٤/٢) .

(٤) في (أ) : « مال » .

(٥) في (أ) : « أو » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « الجيف » ، والمثبت من (أ) .

(٧) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٣٣٩/٥) كتاب البيوع - باب النهي عن عسب الفحل ، عن أبي سعيد الخدري قال : نهى عن عسب الفحل زاد عبيد الله : « وعن قفيز الطحان » . والدارقطني : (٤٧/٣) حديث رقم : (١٩٥) من كتاب البيوع . وراجع : التلخيص الحبير لابن حجر : (٦٠/٣) حديث رقم : (١٢٨٦) .

(٨) الأصل ونسخة (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (أ) : « نصل » .

وزادوا فقالوا : المرتضع المشترك بين امرأة مرضعة ورجلٍ ، لا يجوز للرجلِ استئجارُها على الرضاع ؛ لأنّ عملَها لا يُصادف خاصَّ ملكِ المستأجر [١] .

وهذا فيه نظرٌ واحتمال ؛ إذ قطعوا في كتاب المساقاة بأن [٢] أحد الشريكين لو ساقى صاحبه وشَرَط له جزءًا من الثمار جاز ، وهو عمل على مشترك .

ولكنْ قيل : ما يخص المستأجر يستحق به الأجرة ، فهو محتمل هاهنا [أيضًا] [٣] .

الثالث : الأجرة إنْ أُجِّلَتْ تأجّلت ، وإنْ أطلقتْ تعجلت عندنا ؛ خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله [٤] .

ثم إذا أُجّلت وتغيَّرَ النقْدُ عند الأجل ، فالعبرةُ بحالة العقد ، ولو تغير النقد في الجعالة عند العمل فوجهان : الأظهر [٥] أنها كلا إجارة [٦] .

الركن الثالث : [في] [٧] المنفعة .

ولها شرائط :

---

(١) قال في الروضة : « ولو استأجر المرضع بجزءٍ من الدقيق في الحال ، أو قاطف الثمار بجزء منها على رؤوس الشجر ، أو كان الرقيق وامرأة ، فاستأجرها لترضعه بجزءٍ منه ، أو بغيره ، جاز على الصحيح ، كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر ، يجوز وإن كان يقع عمله في مشترك . وقيل : لا يجوز ، ونقله الإمام والغزالي عن الأصحاب ، لأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر ، وهو ضعيف » . انظر : روضة الطالبين : (١٧٧/٥) .

(٢) في (أ) : « أن » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا شُرِط في الأجرة التأجيلُ أو التنجيم كانت مؤجلةً أو منجمة ، وإن شُرط فيها التعجيل كانت معجلةً ، وإن أُطلق فمعجلةٌ ، وملكها المكري بنفس العقد ، واستحق استيفاءها إذا سلَّم العين إلى المستأجر . انظر : روضة الطالبين : (١٧٤/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٤/٢) .

(٥) في (أ) : « أظهرهما » .

(٦) قال في الروضة : « وفي الجعالة الاعتبار بيوم اللفظ على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (١٧٥/٥) .

(٧) زيادة من (أ) .

الأول : أن تكون مُتقَوَّمةً ، فلو استأجر تفاحةً للشمِّ ، أو طعامًا لتزيين الحانوت لم يصح ؛ إذ لا قيمةَ لهذه المنفعة .

وكذا إذا استأجر بياعًا على كلمةٍ لا تَعَبَ [1] فيها ؛ لترويجِ سلعتِهِ ، فإن ذلك أَخْذُ مال على الحشمة ، لا على العمل [2] .

واختلفوا في مسألتين :

إحداهما : استئجار الدراهم والدنانير للتزيين ، وكذا استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها أو للسكون [3] في ظلها ، وكذا استعارتها ، وفيه [4] ثلاثة أوجه :

أحدها : الجواز ؛ لأنّ هذا قد يُقْصَد .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يُقْصَد بعقدٍ [5] .

والثالث : أنه يصح [6] الإعارةُ دون الإجارة ؛ لأنه [7] لا يُقْصد بمال ، ويُقْصد بالمسامحة .

الثانية : استئجار الكلب . وفيه وجهان [8] ، ووجه [9] المنع : أن إباحتَه لضرورةٍ [10] ، فهو كالميتة [11] .

الشرط الثاني : أن لا يتضمن استيفاءَ عينٍ قصدًا :

---

(١) في (أ) : « يتعب » . (٢) في (أ) : « العملين » .

(٣) في (أ) : « السكون » . (٤) في (ب) : « فيها » .

(٥) هذا الوجه هو الأصح في استئجار الدراهم والدنانير للتزين ، وكذا استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها أو السكون في ظلها ، ولم يذكر في الروضة حكم استعارتها . انظر روضة الطالبين : (١٧٧/٥ ، ١٧٨) .

(٦) في (أ) : « تصح » . (٧) في (أ) : « لأنها » .

(٨) في (أ) : « مسألتان » . (٩) في (ب) : « وجه » .

(١٠) في الأصل : « لضرورته » ، وفي (ب) : « للضرورة » ، والمثبت من (أ) .

(١١) أصح هذين الوجهين : أن استئجار الكلب باطل . انظر روضة الطالبين : (١٧٨/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٥/٢) .

وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : لا يصح استئجارُ الأشجار لثمارِها ، ولا المواشي للبنِ والصوفِ والنتاجِ ؛ لأنها أعيانٌ بِيعَتْ قبل الوجود .

الثانية : استئجارُ امرأةٍ للحضانة والإرضاعِ جائزٌ ، واللبنُ تابعٌ ، وهو كالماء في إجارة الأرض .

ولو استأجر على مجرد الإرضاع دون الحضانة فوجهان :

أحدهما : لا [1] ، كاستئجار الشاةِ بلبنها [2] لإرضاعِ السَّخْلة .

والثاني : يجوز ؛ لأنّ لَبَنَ الآدميةَ لا يُقصد منفصلًا ، فهو في معنى المنفعة ، والحاجةُ تَمَسُّ إليه [3] .

الثالثة : استئجار الفحل للضِّرَاب ، فيه وجهان ، والأصح المنع ؛ لأنه نُهِيَ عن ثمن عسب الفحل [4] ، ولأنه غررٌ لا يُقدر [5] عليه .

الشرط الثالث : أن تكون المنفعةُ مقدورًا على تسليمها حسًّا وشرعًا .

---

(١) في (أ) : « أنه » . (٢) في (أ) : « للبنها » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (١٧٩/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٥/٢) .

(٤) الحديث أخرجه البخاري : (٥٣٤/٤) (٣٧) كتاب الإجارة (٢١) باب عسب الفحل (٢٢٨٤) ، ومسلم بلفظ : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل ... » (١١٩٧/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٨) باب تحريم فضل بيع الماء ... وبيع ضراب الفحل (١٥٦٥) ، وأبو داود : (٢٦٥/٣) كتاب البيوع - باب في عسب الفحل (٣٤٢٩) ، والترمذي : (٥٧٢/٣) (١٢) كتاب البيوع (٤٥) باب ما جاء في كراهية عسب الفحل (١٢٧٣) ، والنسائي : (٣١٠/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٩٤) باب بيع ضراب الجمل (٤٦٧١ - ٤٦٧٥) ، وابن ماجه : (٧٣١/٢) (١٢) كتاب التجارات (٩) باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وعسب الفحل (٢١٦٠) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « يقدر » ، والمثبت من (أ) .

وفيه أربع مسائل :

الأولى : إذا استأجر أخرس [١] على التعليم ، أو أعمى على الحفظ ، فسد . وكذا لو استأجر مَنْ لا يحسن القرآنَ على التعليم ، إلا إذا وسَّع / عليه وقتًا يقدر فيه [٢] على ١١٦/ب التعلم [أولًا] [٣] ثم على التعليم ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنّ العجز مُحَقق [٤] ، والتعلُّمُ قد لا يَتَّفِق [٥] [٦] .

والثاني : نعم ؛ وكأنه [٧] يضاهي سَلَمَ المفلس .

الثانية : استأجر قطعةَ أرضٍ لا ماءَ لها في الحال ، نظر :

فإن لم يتوقع لها ماءً أصلًا ، فإن استأجر للزراعة فَسَد ، وإن استأجر للسكون جاز . وإن أطلق فكان على قلّةِ جبلٍ لا يطمع في الزراعة يُنَزَّل [٨] على السكون .

وإن كان يطمع في الزراعة ، فمطلقه للزراعة [٩] فيفسد ، إلا إذا صرَّح بنفي الماء .

وهل يقوم عِلْمُ المستأجر بعدم الماء مقام صريح النفي ؛ حتى يصح عند الإطلاق ؟ فيه وجهان [١٠] .

ووجه المنع : أن مفهوم اللفظ مطلقًا في مثل هذه [١١] الأرض للزراعة [١٢] ما لم

---

(١) في (أ) : « أخرسًا » .

(٢) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « متحقق » .

(٥) في (أ) : « يتهيأ » .

(٦) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة (١٨٠/٥) .

(٧) في (أ) : « فكأنه » .

(٨) في (أ) : « نزل » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « الزراعة » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) أصح هذين الوجهين المنع . انظر : الروضة : (١٨١/٥) .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « هذا » ، والمثبت من (أ) .

(١٢) في الأصل ونسخة (ب) : « الزراعة » ، والمثبت من (أ) .

يُصَرِّحْ بنفي الماء .

أما [1] إذا كان يتوقع : إن [2] كان نادرًا ، فالعقدُ في الحال للزراعة فاسدٌ ، وهو كبيع الآبق لتوقُّعِ عَوْدِه .

وإن كان يَغْلب وفاءُ المطرِ والسَّيل بما يحصل المقصود ويُتَوَهَّم خلافُه ، فظاهرَ كلامِ الشافعيّ - رضي الله عنه - [3] وهو اختيار القفال : فساده ؛ لأن العدم في الحال معلومٌ ، والوجودُ موهومٌ من بعد ، بخلاف ما لو كان للأرض ماء غد . وشِرْبٌ معلومٌ ، فإن الانقطاع موهومٌ ، ولكن الوجود مستصحب .

وقال [4] القاضي : يجوز ؛ لأن الماء الموجود في النهر لا يبقى بعينه إلى وقت الزراعة ، ولكن يَغْلُب تجدُّدُ مثِله ، فكذلك هاهنا يغلب وفاء المطر والسيل فلا [5] فرق [6] .

أما إذا استأجر قطعةَ أرضٍ على شطِّ دجلة ، والماءُ زائدٌ ، وقد استولى عليها ، وانحسارُه [عنها] [7] موهوم ، فالعقدُ باطلٌ .

وإن كان ناقصًا ، والزيادةُ موهومةٌ ، فالعقد في الحال صحيح .

وإن كانت الزيادةُ مُتَيَقَّنة [8] فلا .

وإن كان الماء مستويًا عليها ولكن الانحسار معلومٌ ، قال الشافعي - رضى الله عنه - : العقدُ صحيحٌ [9] .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) : « فإن » ، وهي ليست في (ب) .

(٣) انظر : الأم : (٢٤٢/٣) ، مختصر المزني : (٩٥/٣) .

(٤) في (أ) : « قال » .

(٥) في (أ) : « ولا » .

(٦) اختيار القاضي حسين هو الأصح . انظر : الروضة : (١٨٠/٥) .

(٧) زيادة من (ب) .

(٨) في (أ) : « مستيقنة » .

(٩) انظر : الأم : (٢٤٢/٣) ، مختصر المزني : (٩٥/٣) ، روضة الطالبين : (١٨٠/٥) .

فإن قيل : فالأرضُ غيرُ مرئيةٍ ؟

قلنا : لعله فَرَّعَ على قولِ صحةِ شراء الغائب ، أو فرض فيما إذا تقدمت الرؤية ، أو[1] كان الماء صافيًا لا [2] يمنع الرؤية .

فإن فرض خلاف ذلك كلِّه لم يصح .

فإن قيل : وإن [3] تقدمت الرؤية ، ففي الحال لا يمكن الانتفاع بها [4] ؟

قلنا : هو كاستئجار دار مشحونة بالأقمشة [5] ، واستئجار أرض [6] في الشتاء ، فإنه فى الحال لا يزرع . ولكن يتسلط عليها المستأجر بالإجارة والتصرف الممكن .

وذكر الشيخ أبو محمد وجهًا فى إجارة الدار المشغولة بالأمتعة ، بخلاف بيعها ؛ لأن المنفعة تتراخى [7] فيصير كإجارة [8] [السنة] [9] القابلة .

الثالثة [10] : إجارة الدار للسنة [11] القابلة فاسدة ؛ خلافًا لأبى حنيفة – رحمه

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (ب) : « لم » .

(٣) في (أ) : « فإذا » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « به » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « بأقمشة » .

(٦) في (أ) : « الأرض » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « يتراخى » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « كالإجارة » ، والمثبت من (أ) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في (أ) : « الثانية » .

(١١) في (أ) : « السنة » .

الله - [١] ؛ لأن التشاغل بالاستيفاء في الحال غير ممكن ، فيتراخى [٢] التسليط على [٢] العقد الوارد على منفعة عين .

فرعان :

أحدهما : لو أجره شهرًا ، ثم أجَّر الشهر الثاني منه لا من غيره ، فوجهان :

أصحهما : المنع ؛ لأن العقد الأول قد ينفسخ بسببٍ ، فشرط العقد الثاني لا يتحقق بالأول .

والثاني : الجواز ؛ لتواصلِ الاتصال ، فهو كما لو أجّر [٣] شهرين في صفقة واحدة [٤] .

الثاني : إذا قال : استأجرتُ هذه الدابةَ لأركبها نصفَ الطريق ، وأترك إليك النصفَ :

قال المزني : هو فاسد ؛ إذ لا يتعين له النصف الأول ، فينقطع [٥] بحكم المناوبة ، ويصير [٦] كالإجارة للزمان القابل .

ومن الأصحاب مَنْ صحح ونَزَّلَ على استئجار [٧] نصف الدابّة ، وأحال التقطع على موجب المهايأة والقسمة ، لا على العقد .

---

(١) **مذهب الشافعية** : أن إجارة العين لا يصحّ إيرادُها على المستقبل ، كإجارة الدار السنة المستقبلة ، والشهر الآتي .

ومذهب الحنفية : أنّ مَنْ استأجر عينًا ، كالدار لسنةٍ لم تدخل بَعْدُ ، فالإجارة جائزة .

انظر : روضة الطالبين : (١٨٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٧٥/٥) ، مختصر الطحاوي : (١٣١) .

(٢) في (أ) : « التسلط عن » . (٣) في (أ) : « أجرة » .

(٤) هذا الوجه هو الأصح ، على خلاف ما رجح الغزالي رحمه الله . انظر : الروضة : (١٨٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٣٨/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٧٦/٥) .

(٥) في (ب) : « فيقطع » . (٦) في (ب) : « وتصير » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الاستجار » ، والمثبت من (أ) .

ولو صرح باستئجار نصف الدابة ، فالظاهرُ صحتُه فهو [1] كما لو استأجر نصف دار . وفيه وجه [آخر] [2] : أنه يفسد ؛ لأن الجمع غير ممكن ، فيؤدي إلى التقطع ، بخلاف الدار الواحدة ، ومحمل الدابة ، إذ يحتمل [3] عليه الشريكان فلا ينقطع .

الرابعة : العجز الشرعي كالعجز الحسّي في الإبطال .

فلو استأجر على قلعِ سِنٍّ سليمةٍ ، أو قطعِ يدٍ سليمة ، أو [4] الحائضَ على كَنْسِ المسجد ، أو [5] المسلمَ على تعليم القرآن لِذمّيٍّ لا يُرْجى [6] رغبتُه فى الإسلام ، أو على تعلُّم السحر أو الفحش والخنا ، أو تعلُّم التوراة والكتب المنسوخة ، فكل ذلك حرام ، والعقدُ عليه فاسدٌ ؛ لأنه معجوزٌ شرعًا عن تسليمه [7] .

---

(١) فى (أ) : « وهو » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « يجتمع » ، وفي نسخة أخرى : « يجتمع » ، كذا على هامش الأصل .

(٤) في (أ) : « و » .

(٥) في (أ) : « و » .

(٦) في (أ) : « تُرجى » .

(٧) قال الحموي : « قوله في باب الإجارة : (ولو استأجر على قلع سِنٍّ سليمة) إلى قوله : (أو على تعلم السحر أو الفَحش أو الخنا أو تعليم التوراة والإنجيل والكتب المنسوخة فكل ذلك حرام ، والعقد عليه حرام ؛ لأنه معجوزٌ عن تسليمه شرعًا) .

قال المصنف : ما ذكره الشيخ هنا مناقضٌ لما ذكره في كتاب « الجنايات » فإنه قال فيه : (تَعَلُّم السحر ليس بحرام ، وإنما الحرام فِعلُه دون تعلّمه) وإذا كان كذلك لم يكن حرامًا ، فعلى هذا يمكن الاستئجار عليه من حيث إن تعلُّمه مباحٌ .

قال الحموي : وإن كان كذلك إلا أن الشيخ إنما ذكر أيضًا في كتاب الجنايات وقال : (إن كان فيه ارتكابُ محذور كذكر كلمات الكفر فهو حرام ؛ لأنه يبذل الأجرة في مقابلة ما ليس بجائز ، فإنه أعانة على المعصية فصار كاستئجار المرأة للزنا ، وإن لم يكن فيه ارتكابُ محذور فذلك جائز من حيث إنه مباح) وإذا كان كذلك كان ما ذكره الشيخ في باب « الإجارة » على القسم المحرم دون المباح كما ذكرناه » . مشكلات الوسيط (١١٦ / ب - ١١٧ / أ) .

أما إذا كانت السّنُّ وَجِعَةً ، أو اليدُ متآكلةً ، فالأصح جواز [1] القلع والقطع [1] ، وصحةُ الاستئجار .

فرع : إذا استأجر منكوحة [2] الغيرِ على عملٍ دون رضا الزوج : فَسَدَ ، فإنها مستحقة التعطيل لحقِّ الزوج ، وبإذنه يصح .

ولو استأجرها الزوجُ لإرضاعِ ولده جاز . وذكر العراقيون وجهًا : أنه ممنوع ؛ لأنه مستحق له ، وهو ضعيف .

أما إذا التزمت عملًا في الذمة ، صحت [3] الإجارة دون إذن الزوج . ثم إن وجَدتْ فرصة وعملتْ بنفِسها استحقت الأجرة .

وفي إجارة الحائضِ لكنسِ المسجد [4] احتمالٌ ، مأخذُه صحةُ [5] الصلاة في الدار المغصوبة . ولكن المنقول ما ذكرناه .

الشرط الرابع : حصول المنفعة للمستأجر [6] .

وفيه مسائل :

الأولى : لا يصح استئجار دابة ليركبها المكرِي ؛ فإنّ العوضين يجتمعان له .

وكذا لا يجوزُ استئجارُه على العبادات التي لا تجري النيابة فيها ، فإنها تحصل له ، بخلافِ الحج وغسل الميت ، وحفرِ القبور [7] ودفْنِ الموتى ، وحَمْلِ الجنائز ، فإن الاستئجار على جميع ذلك يجوز ؛ لدخولِ النيابة .

أما الجهاد / : فلا يجوز استئجار المسلم عليه ؛ لأنه داخل تحت الخطاب فيقع عنه . ١١٧/أ

---

(١) في (أ) : « القطع والقلع » . (٢) في (أ) : « امرأة » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « صحَّ » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « المساجد » . (٥) في (أ) : «صَحَّتْ » .

(٦) في (ب) : « للمؤاجر » . (٧) في (أ) : « القبر » .

ويجوز للإمامِ استئجارُ أهل الذمة على الجهاد ؛ لأنهم لم يدخلوا تحت خطاب الجهاد .

وكذلك لا يجوز الاستئجار على الإمامة في فرائض الصلوات .

أما الاستئجار على الأذان ، فثلاثة أوجه :

أحدها : لا [١] ، كالجهاد فإنه من الشعائر .

والثاني : نعم ؛ لأن فائدته تحصل للناس في طلب وقت الصلاة [٢] .

والثالث [٣] يجوز [٤ للقاضي والإمام ٤] ، ولا يجوز [٥ لآحاد الناس ٥] .

وفي الاستئجار على إمامة التراويح خلافٌ ، والأصحُّ المنعُ ؛ إذ لا يتميز المستأجر بفائدة مقصودة عن الأجير .

أما الاستئجار على التدريس في جنسه ، وكذا استئجار المقرئ على هذا الوجه ، متردد بين الجهاد ؛ لأنه من فروض الكفايات ، وبين الأذان لأن فائدته تختص بالآحاد .

أما الاستئجار على تعليم مسألة معينة من [٦] شخص معين ، فلا خلاف في جوازه [٧ فلا يتعين ٧] ؛ كامرأة أسلمت ولزمها تعلُّمُ [٨] الفاتحةِ ، فنكحها رجل على التعليم ، ولم يحضر [٩ سوى ذلك الرجل ٩] ، ففيه خلاف . والأصح الصحة ؛ إذ ليس يتعينُّ عليه التعبُ مجانًا ، بل يجب بِبَذْلٍ ، كما في بَذْلِ المال في صورة [١٠] المخمصة .

وعلى الجملة ، فكلُّ عملٍ معلوم مباح يَلْحق العاملَ فيه كُلْفةٌ ، ويتطوع به الغير عن

---

(١) قوله : « لا » : ليس في (ب) .

(٢) في (أ) : « الصلوات » .

(٣) في (ب) : « الثالث » .

(٤) في (أ) : « للإمام والقاضي » .

(٥) في (أ) : « للآحاد » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « في » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « إلا إذا تعين » .

(٨) في (أ) : « تعين » .

(٩) في (أ) : « رجل سواه » .

(١٠) في (أ) : « ضرورة » .

الغير ، فيجوز الاستئجار عليه ، ويجوز جَعْلُه صداقًا .

الشرط الخامس : كون المنفعة معلومة :

وتفصيلُها ببيان [1] أقسام الإجارة ، وهي ثلاثة [أقسام] [2] :

(الأول) : استصناع الآدميّ :

وذلك يُعْرف إما بالزمان ، أو بمحلِّ العمل ، كما إذا استأجر على الخياطة فيعيِّنُ الثوبَ ، أو يقول : استأجرتك يومًا للخياطة . ولو جمع بينهما وقال : استأجرتك لتخيط هذا الثوب في هذا اليوم . [3] فيه وجهان [3] :

أصحهما : المنع ؛ لأن تفريع الجواز يُفْضي إلى خَبْطٍ ، إنْ تَمَّ العملُ قبل مُضِيِّ اليومِ أو على العكس .

ولو استأجر على تعليم القرآن : إما أنْ يُعْرف بالزمان ، أوبمقدار السُّوَرِ وتعينها ، ولا يشترط أن يجبر فهم المتعلم ، ولا فائدة أيضًا في شرط رؤيته .

ولو استأجر على قدر عشر آيات ولم يعين السورة فوجهان :

ووجه [4] المنع : تضادتها [أيضًا] [5] في عُسْرِ الحفظ ويُسْرِه [6] .

ووجه الجواز : أن رسول الله ﷺ قال : « زوجتكها [7] بما معك من القرآن » [8] ،

---

(١) في (أ) : « تنقسم » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « فوجهان » .
(٤) في (أ) : « وجه » .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) هذا الوجه هو الأصح : انظر : الروضة : (٥/١٩٠) ، مغني المحتاج : (٢/٣٤١) ، نهاية المحتاج : (٥/٢٨٣) .
(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « زوجتك » ، والمثبت من (أ) .
(٨) الحديث أخرجه البخاري : (٩/٣٤) (٦٧) كتاب النكاح (١٤) باب تزويج المعسر (٥٠٨٧) ، ومسلم : (٢/١٠٤٠،١٠٤١) (١٦) كتاب النكاح (١٣) باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن .. (١٤٢٥) ، وأبو داود (٢/٢٤٢ ، ٢٤٣) كتاب النكاح باب في التزويج على العمل يُعْمل (٢١١١) ، والترمذي : (٣/٤٢١ ،=

ولم يُعين [السورة] [1] ، وقيل : إنه كان [2] عشرَ آياتٍ [2] من أول البقرة .

والاستئجار على الرضاع : يُعْرف [3] فيه المدةُ والصبيُّ ؛ لأن الغرض يختلف به اختلافًا ظاهرًا ، والموضع الذي فيه الرضاع .

ولا [4] يبالى بما يتطرّق إليه من جهالةٍ بسببِ تعرُّضِ الصبيِّ للأمراض . وزيادة حاجته ونقصانها ، وهذا يدل على نوعٍ من التساهل في الإجارة للحاجة .

(القسم الثاني) : [في] [5] استئجار الأراضي :

وفيه صور :

الأولى : أن يستأجر للسكون ، فَيُشْترط أنْ يَعْرف من الدار والحانوت [6] والحمامِ كلَّ ما تختلف به المنفعةُ ، فيرى في الحمام [6] : البيوت [7] ، وبئر الماء ، والقدر ، ومطرح الرماد ، ومبسط القماش ، و [موضع] [8] الوقود والأَتُّون ومجمع [9] فضلات الماء ، كما يراه المشتري ، ويُعْرف قدرُ المنفعة بالمدة .

= ٤٢٢) (٩) كتاب النكاح (١١١٤) ، والنسائي : (١١٣/٦) (٢٦) كتاب النكاح (٦٢) باب التزويج على سورة من القرآن (٣٣٣٩) ، وابن ماجه : (٦٠٨/١) (٩) كتاب النكاح (١٧) باب صداق النساء (١٨٨٩) . وراجع : التلخيص الحبير : (٦٠/٣) حديث رقم : (١٢٨٨) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « خمس عشرة آية » .

(٣) في (أ) : « تعرف » .

(٤) في (ب) : « فلا » .

(٥) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٦) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « البئر » ، والمثبت من (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « مُجتمع » ، والمثبت من (أ) .

فإن استأجَرَ سنةً فذاك ، وإن زاد فثلاثة أقوال :

والأصح [1] : أنه لا يتقدر بمدة ، بل يتبع التراضي ؛ إذ لا توقيفَ في التقدير [2] .

والثاني : أنه لا يزيد على سنة ، فإنه أثبت للحاجة .

والثالث : أنه ينتهي إلى ثلاثين سنة ولا يُزاد عليه ؛ لأنه يصير في معنى البيع .

التفريع :

إذا جوَّزنا الزيادة وهو الصحيح ، فلو أجر سنين ، فهل يُشْترط بيان [3] حصة كل سنة في الأجرة ؟ فوجهان :

أحدهما : لا ، كبيان الأشهر في [4] سنة واحدة [5] .

والثاني : نعم ؛ إذ يغلب تفاوت أجرة المثل ، وربما [6] تمس الحاجة إلى معرفته في التفاسخ إن اتفق .

فرع :

لو [7] قال : أجرتُك سنة ، فالأظهر : أنه يصح [8] ، وينزل على السنة الأولى بالعرف .

---

(١) في الأصل : « الأصح » بدون الواو ، وهي زيادة من (أ) .

(٢) ذكر في الروضة : أن القول المشهور والذي عليه جمهورُ الأصحاب : أنه يجوز سنين كثيرة ، بحيث يَبْقَى إليها ذلك الشيءُ غالبًا . انظر : روضة الطالبين : (١٩٦/٥) .

(٣) كلمة : « بيان » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « من » .

(٥) الذي ذكره في الروضة : أنهما قولان . وأن الأول هذا هو أظهرهما . انظر روضة الطالبين : (١٩٦/٥) ، نهاية المحتاج : (٣٠٦/٥) .

(٦) في (ب) : « فربما » .

(٧) في (أ) : « إذا » .

(٨) في الروضة : أن هذا هو الأصح وليس الأظهر ، انظر : روضة الطالبين : (١٩٦/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٠/٥) .

وقيل : إنه فاسد (١ لأنه لم يصرح بالتعيين .

ولو قال : أجرتُك كل شهرٍ بدينار ، ولم يقدر عدد الأشهر : فهو فاسد ١) ، إذ لا مَرَدَّ له .

وقال ابن سريج : يصح في الشهر الأول ؛ لأنه معلوم ، والباقي يبطل فيه ، وهو ضعيف ؛ لأن نظيره من الصُّبْرِة قوله : بعتُك كلَّ صاعٍ بدرهم ، ولم يَقُلْ : بعتك الصبرة .

الثانية : إذا استأجر الأرضَ للزراعة ، فلو قال : أكريتك لتنتفع كيف شئت ، صحَّ ، وجاز البناء والغِرَاسُ والزراعة ، وكل ما أمكن من المنفعة .

ولو [٢] اقتصر على قوله : أكريتك [٣] فسد ؛ لأنه لم يُعَيِّنْ منفعةً ، ولا فَوَّضَ إلى مشيئته [٤] .

ولو قال : أكريتك للزراعة ولم يعين جنس الزرع ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن الذرة أضر من القمح .

والثاني : نعم ، ويحمل الإطلاق بعد التعرض لجنس الزرع على ما يشاء [٥] .

الثالثة : إذا قال : أكريتك إنْ شئتَ فازْرَعْها ، وإن شئتَ فاغرِسْها ، فالظاهر الصحة ، كما إذا قال : انتفعْ كيف شئتَ . وقيل : إنه فاسد ، كما لو [٦] قال : بعتُك بألفٍ إن شئت مكسرةً ، وإن شئت صحيحةً .

أما إذا قال : أكريتُك فازرعها واغرسها ، ولم يبين قدر ما يزرع فيه ، اختيار [٧]

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « فلو » .

(٣) في (ب) : « أكريتك للزراعة » وهو خطأ ، أي قوله : « للزراعة » .

(٤) في (أ) : « سببه » .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٠٠) ، مغني المحتاج : (٢/٣٤٢) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٢٨٥ ، ٢٨٦) .

(٦) في (أ) : « إذا » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « اختار » ، والمثبت من (أ) .

المزني وابن سريج : بطلانُه ؛ لجهالة القدر [١] .

[و] [٢] قال أبو الطيب بن سلمة : يصح ، ويُنَزَّل على النصف .

الرابعة : إذا أكرى الأرضَ للبناء ، وَجَب بيانُ عرضِ البناء ، [و] [٣] في التعرض للارتفاع والقدر خلافٌ ، والأظهر : أنه لا يشترط [٤] .

(القسم الثالث) : استئجار الدواب :

وهي [٥] تستأجر لأربع جهات :

الأولى : الركوب ، فيشترط أن يَعْرف المستأجِرُ الدابةَ بأن يراها ، وإلا فهو إجارةُ غائبٍ .

والآخر يعرف [قدر] [٦] الراكب ، برؤيته أو بسماع وَصْفِه في الطول والضخامة ؛ حتى يَعْرف وزنَه تخمينًا ، ولا يُشْترط التحقيق بالوزن .

ويعرف المحمل بالصفة في السعة والضيق ، وبالوزن [٧] / ، فإن ذكر الوزن دون الصفة ، أو الصفة دون الوزن ، فوجهان [٨] . ١١٧/ب

وقال أبو إسحاق المروزي : إن كانت محامل بغداد ، فالإطلاق يكفى ؛ لأنها متقاربة وتُنَزَّل منزلة [٩] السرج والإكاف ، فإنها لا تُوصَف ؛ لتساويها .

---

(١) اختيار المزني وابن سريج هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٠٠/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٧/٥) . وانظر : مختصر المزني : (٩٨/٣) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) وفي الروضة أن الأصح أنه لا يُشْترط . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٠/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤١/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٤/٥) .

(٥) في (أ) : « وهو » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « والوزن » ، والمثبت من (أ) .

(٨) الأصح : أنه لا يكفي ذكر الوزن دون الصفة ، أو الصفة دون الوزن . كما في الروضة (٢٠١/٥) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « منزل » ، والمثبت من (أ) .

ويذكر تفصيل المعاليق ، فإن ذكرت من غير تفصيل ، قال الشافعي – رضي الله عنه – : القياسُ أنه فاسد ؛ للتفاوت ، قال : ومن الناس [1] مَنْ ينزله على وسط مقتصد [2] .

فمن الأصحاب من جعل هذا – أيضًا – قولًا له .

وأما تقدير الطعام في السفرة [3] : ففيه وجهان مرتبان ، وأولى [4] بوجوب [5] التعريف ، بل الصحيح وجوبه ، لأنه يتفاوت تفاوتًا لا ينضبط ، ويجب ذكر تفصيل السَّير أو [6] السُّرى ، ومقدار المنازل إن لم يكن مضبوطًا بالعادة ، وإن انضبط بالعادة نُزِّل [7] عليهما .

هذا إذا كانت الإجارة على عين الدابة ، فإن أورد على الذمة فَيُشْترط وَصْفُ الدابة أفرس ، أم [8] بغل ، أم [9] جمل [10] ؟ وهل يُشْترط التعرض لكيفية السير ؟ مثل كونه مُهَمْلَجًا ، أو بحرًا ، أو قطوفًا ؟ فيه وجهان [11] .

ويدخل التأجيل فيه ، فيقول في المحرم : ألزمتك أن تركبني [12] غرَّة المحرَّم [13] ؛ لأنه في الذمة فأشبه السَّلَم ، ولفظ الإجارة في الذمة أن تقول : ألزمت ذمتك إركابي كذا [14] فرسخًا ، أو ألزمتُ ذمتَك تسليمَ مركوبٍ إليَّ أركبه كذا فرسخًا ، فيقول : التزمت .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الأصحاب » ، والمثبت من (أ) وهو أصح .

(٢) انظر : الأم (٢٥٩/٣) .

(٣) في (أ) : « السفر » .

(٤) في (أ) : « والأولى » .

(٥) في (أ) : « وجوب » .

(٦) في (أ) : « و » .

(٧) في (أ) : « ينزل » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « حمار » .

(١١) الأصح : أنه يشترط . انظر الروضة : (٢٠٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٣/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٨٨/٥) .

(١٢) في (أ) : « تكريني » .

(١٣) في (أ) : « صفر » .

(١٤) في (أ) : « بكذا » .

الجهة الثانية : استئجار الدابة للحمل :

وحكمه حكم الركوب ، إلا في أمرين :

أحدهما : أن معرفة وزن المحمول تحقيقًا شرطٌ إن كان غائبًا ، بخلاف تحقيق وزن الراكب .

وإن كان الحمل حاضرًا فَشَالَهُ باليد وعَرَفَ قَدْرَه تخمينًا : كفى .

والثاني : أنه إن كان في الذمة لا يشترط ذكر جنس الدابة ، أَبَغْلٌ ، أم فرسٌ ؛ إلا إذا استأجر لحمل زجاج فقد يختلف الغرض به .

الجهة الثالثة : الاستقاء [1] :

وهو كالحمل فيُعَرِّف قدر الماء ، ويريد أنه يتكرر فيعرف قدر كل كرة ، ويُعرِّف عمق البئر ، أو [2] الدولاب ، وقد تحتاج فيه إلى التعيين إذا كان لا ينضبط بالوصف .

الجهة الرابعة : الحراثة :

فإن قدر بالزمان لم يجب تعريف الدابة ورؤيتها ، وإن ضُبِطَ بقدر الأرض وَجَبَ معرفةُ [3] الدابةِ على المكتري [4] ، ومعرفةُ [5] الأرض على المكري [6] أهي سَهْلِيَّة ، أم جبلية ؟ فإن [7] كانت مستورة [7] بالتراب فلا [8] يكفي النظر إلى وجهتها ما لم يَعْرف جنْسَها ، هذا تفصيل العلم ، والعرض إنما يتفاوت المقصود به [9] تفاوتًا لا يتسامح بمثله في المعاملة ؛ وجب بيتنُه ، هذا جملته وتفصيله فليعتبر بما ذكرنا [10] ما لم نذكر [11] قياسًا عليه .

(1) في الأصل ونسخة (ب) : « الاستيقاء » ، والمثبت من (أ) .

(2) في (أ) : « و » .

(3) في (أ) : « تعريف » .

(4) في (أ) : « المكري » .

(5) في (أ) : « منفعة » .

(6) في (أ) : « المكتري » .

(7) في الأصل ونسخة (ب) : « كان مستورًا » ، والمثبت من (أ) .

(8) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(9) قوله : « به » ليس في (أ) .

(10) في (أ) : « ذكرناه » .

(11) في (أ) : « يذكر » .

الباب الثاني

في بيان حكم الإجارة الصحيحة

(وفيه فصلان)

الفصل [1] الأول

في موجب الألفاظ المطلقة لغةً وعرفًا

ويرتبط النظرُ فيه بأقسام الإجارة ، وهي ثلاثة :

القسم الأول : في الاستصناع : وفيه مسألتان :

إحداهما : الاستتباع . واستئجارُ الأرضِ للزراعة يستتبع استحقاق الشرب قطعًا ، وإن [2] لم يُذْكر ؛ للعرف .

واستئجار الخياط لا يوجب عليه الخيط ؛ إذ العرفُ لا يَقْتضيه .

واستئجار الحاضنة للحضانة هل يستتبع الإرضاع ، وكذا الاستئجار للإرضاع ، هل يستتبع الحضانة ؟ فيه ثلاثة أوجه : أحدها : لا ؛ إذ كل واحدٍ يمكن إفرادُه بنفسه على ظاهر المذهب ، كما سبق ، فإفرادُ أحدِهما بالذكر يَدُلُّ على تخصيصه [3] .. وعلى هذا ليس على المرضعة إلا وَضْعُ الثدي في فم الصبي ، وباقي الأعمال في تعهد الصبي على الحاضنة . والثاني : أن كل واحد يتبع [4] صاحبه ؛ لأن العرف قاضٍ بأن ذلك لا يتولّاه شخصانِ ، بل يتلازمان . والثالث – وهو اختيار القاضي – : أنه إن استؤجرت للإرضاع استتبع [5]

---

(١) كلمة : « الفصل » ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فإن » ، والمثبت من (أ) .

(٣) هذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٢٠٨/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٩٦/٥) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « تبع » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تبعت » .

الحضانة ؛ كي لا تبقى الإجارة في مقابلة مجرد العين ، فإن الأصل في الإجارة المنفعة . وإن استؤجرت (١) للحضانة لم يستتبع (٢) الإرضاع .

وأما الحبر في حق الورّاق ، والصبغ في حق الصبّاغ ، فيه طريقان :

منهم من قال : هو كاللبن في حقّ الحاضنة ، فيخرج على الخلاف [في] (٣) اتباعه ، وإن (٤) لم نحكم بالتبعية فإن شرط فيه وهو مجهول جاز ، كما في اللبن .

ومنهم مَنْ قطع بأن الحبر والصبغ مستقلٌّ ، وهو (٥ مستتبع لا تبيع ٥) ، فإن شرط فلابد وأن يذكر ويعرف ، ثم يكون جمعًا بين بيعٍ وإجارة ، بخلاف اللبن فإنه لا يُفْرَد اعتيادًا (٦) .

فرع : لو انقطع لبنُ المرضعة ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه ينفسخ ؛ لأن اللبنَ كلُّ المقصود . والباقي تابعٌ .

والثاني : يثبت الخيار ؛ لأن الأصل عَمَلُ الحضانة . وهذا عيبٌ .

والثالث : أن كلَّ واحدٍ مقصودٌ ، فهو كما لو استأجر عبدين فتلف أحدُهما (٧) .

المسألة الثانية : إذا نَسِيَ المتعلّم ما حَفِظَ :

قيل : إن كان [ما] (٨) دون سُورة : يجب على المعلّم إعادته .

وقيل : (٩ ما كان ٩) دون آية . وهو تحكُّمٌ .

ولعل الأصح : أنّ ما نُسي في مجلس التعلُّم يجب إعادتُه ، وكأنه (١٠) لم يثبت في

---

(١) في (أ) : « استؤجر » . (٢) في (أ) : « يتبع » .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) في (أ) : « فإن » . (٥) في (أ) : « صبغ لا يتبع » .

(٦) قال في الروضة : « فيه ثلاثة طرق . أصحها : الرجوع إلى العادة . فإن اضطربت وَجَبَ البيانُ ، وإلا فيبطل العقد » . انظر : روضة الطالبين : (٢٠٩/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٦/٢) .

(٧) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٢٠٨/٥) . (٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « إن كان ما » . (١٠) في (أ) : « فكأنه » .

في نفسه بَعْدُ ، وما نُسي بعد مجلس التعلُّمِ فهو من تقصير الصبي [١] .

القسم الثاني : في استئجار الأراضي والدور :

أما الدُّور ، ففيها مسألتان :

إحداهما : إقامة جدار مائل ، وإصلاح جذع منكسر ، وما يجرى مجراه من مرمة لا يحتاج فيها إلى تجديد عين : يجب على المكري إدامتُه ؛ لتوفيرِ المنفعة .

فإن افتقر إلى إعادة جدار [مائل] [٢] أو جذعٍ ، فإنْ فعل استمرت الإجارة ولا خيارَ ، وإن أبى فللمكتري الخيارُ . وهل له إجبارُه على إعادته ؟

قال العراقيون : لا [٣] ، وهو مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - لأنه إلزامُ عينٍ جديدة لم يتناوَلْها / العقدُ . ١١٨/أ

وقال القاضي والشيخ أبو محمد : يُجْبر عليه وفاءً بتوفير المنفعة [٤] .

وكذا الخلاف إذا غصبتْ [٥] الدار وقَدَر المكري على انتزاعها [٦] ، هل يلزمه ؟ وكذا [الخلاف] [٧] إذا ضاع المفتاحُ ، هل يجب عليه إبدالُه ؟

---

(١) ذكر في الروضة هذه الأوجه الثلاثة ، ثم ذكر وجهًا رابعًا ، وقال : إنه الأصح ، وهو : أنه يُرجع في ذلك إلى العرف الغالب ، على خلاف ما صححه الغزالي رحمه الله . ولعلّ ما رجحه الغزالي إذا لم يكن هناك عُرْف غالب كما في مغني المحتاج . انظر : روضة الطالبين (١٩١/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤١/٢) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « ليس له » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه إذا امتنع المُكري عن إعادة جدار ، أو جذع جديد أُفْتِقر إليه . فذهب العراقيون ، ومنهم المتولي والبغوي : بأنه لا يُجبر على أداء ذلك لأنه إلزام عين لم يتناولها العقد ، وهذا هو مذهب الحنفية ، وقال القاضي حسين وأبو محمد : يُجبر ؛ توفيرًا للمنفعة ، وقال الإمام والغزالي والسرخسي : يُجبر ، إذا كانت مَرَمَّة لا تحتاج إلى عين جديدة ، كإقامة جدار مائل ، وإصلاحِ منكسر ، أما ما يحتاج إلى عين جديدة ، كبناءٍ ، وجذعٍ جديد ، فلا يُجْبر عليه على الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢١٠/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٦/٢) .

(٥) في (أ) : « غصب » .

(٦) في (أ) : « إنزاعها » .

(٧) زيادة من (أ) .

ولا خلاف في أنّ تسليم المفتاحِ واجبٌ ، ولو ضاع في يد المكتري فهو أمانةٌ ، وليس على المكري إبدالهُ .

والدعامة التي تمنع [من] [١] الانهدام إذا احتيج إليها ، في معنى جذع جديد ؟ أو في معنى إقامةِ مائلٍ ؟ فيه تردد .

فرع : لو أجر دارًا ليس لها باب ومرزاب [٢] لم يلزمه إحداثه [٣] قطعًا ؛ إذ لم يلتزمْه [٤] أصلًا .

نعم ، إن جَهِلَه المكترى [٥] فله الخيار .

المسألة الثانية : تطهيرُ الدارِ عن الكناسة ، والأَتُّون عن الرماد ، وعرصة الموضع عن الثلج الخفيف : على المكتري .

وتطهير [٦] السطوح عن الثلج ليس على المكتري ، بل إن فعله المكتري فذاك ، وإن تركه فهو المستضِرُّ به ، فإن [٧] انهدمت [٨] به الدار فللمكتري الخيار .

وأما تنقيةُ البالوعةِ والحشِّ ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه على المكتري ، ككنس العرصة [٩] .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « ميزاب » .
(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « إجداده » ، والمثبت من (أ) .
(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « يلزمه » ، والمثبت من (أ) .
(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » ، والمثبت من (أ) .
(٦) في (أ) : « وتنظيف » .
(٧) في (أ) : « إن » .
(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « انهدم » ، والمثبت من (أ) .
(٩) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢١١ ، ٢١٢) ، مغني المحتاج : (٢/٣٤٧) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٠٠) .

والثاني : على المكري ؛ إذ به (1 يتهيأ للانتفاع 1) .

ولا خلاف [في] (2) أنه إذا انقضت المدة ، لا يطالب المكتري بالتنقية عند الخروج من الدار ، ويُطالب بتنقية العرصة من الكناسات .

وقولنا : في دوام المدة عليه ، أردنا به : إن أراد الانتفاع لنفسه .

فرع : لو طرح في البيت ما يتسارع إليه الفساد (3) ، هل يُمْنع [منه] (4) ؟ فيه وجهان ، و (5) الصحيح (6) : أنه لا يمنع ، فإنه معتاد (7) في الدور .

(أما الأراضي) ، ففيها ثلاث مسائل :

الأولى : إذا استأجر أرضًا للزراعة ولها شرب ، اتبع موجب الشرط في الشرب ، وإن لم يكن شرطٌ فالعرفُ ، فإن لم يكن عُرْفٌ فاستؤجرت (8) للزراعة ، فوجهان :

أحدهما : الاتباع ؛ لأن لفظ الزراعة كالشرط للشرب ، إذ لا يُسْتغنى عنه .

والثاني : وهو الصحيح (9) ، أنه لا اتباع ؛ إذ موجبُ اللفظ يزاد عليه بعرفٍ غير مضطرب ، فإذا اضطرب اقتصر على موجب اللفظ .

ومنهم من قال : تَفْسد هذه الإجارة ؛ لأنّ المقصودَ صار مجهولًا بِتَعَارُضِ (10)

---

(1) في (أ) : « تهيأ الانتفاع » .
(2) زيادة من (أ) .

(3) في الأصل ونسخة (أ) : « الفار » ، والمثبت هو الصواب .

(4) زيادة من (أ) .
(5) حرف : « و » ليس في (أ) .

(6) وفي الروضة : أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢١٢/٥) .

(7) في (أ) : « يعتاد » .

(8) في الأصل ونسخة (ب) : « واستؤجر » ، والمثبت من (أ) .

(9) في الروضة : أنه الأصح . انظر روضة الطالبين : (٢١٣/٥) .

(10) في الأصل ونسخة (ب) : « يتعارض » ، والمثبت من (أ) .

هذين الوجهين .

المسألة الثانية [١] : إذا مضتْ مدةُ الإجارة ، والزرعُ باقٍ نُظِرَ .

فإن كان السبب تقصير المكتري وتأخيره فللمكري قَلْعُه مجانًا ، وله إبقاؤه بأجرة .

وإن كان السبب بردَّ الهواء وإفراطه فلا يقلعه [٢] مجانًا ، بل يتركه بأجرة ؛ لأنه غير مقصر .

وفيه وجه : أنه يقلع مجانًا كالتقصير .

وإن كان السبب كثرة الأمطار المانعة من المبادرة إلى الزراعة ، فهذا متردد بين التأخير وبين برد الهواء .

وإن كان السبب قِصَر المدة المشروطة ، كما إذا استأجر الأرض لزراعة القمح شهرين ، فإن شرط القلع مجانًا فله ذلك ، فلعله ليس يَبْغي إلا القصيل .

وإن شرط الإبقاء فالإجارةُ فاسدةٌ ؛ لتناقضِ التأقيت وشرطِ الإبقاء .

وإن سكت ، قال الشيخ أبو محمد : يُنَزَّل على شرط الإبقاء ، فيفسد ؛ لأنّ الزرع يُقْصَد ليبقى في العادة ، فهو كما إذا استأجر دابةً يومًا ليسافر بها [٣] إلى مكة من بغداد [٣] ، وإليه يُشير نصُّ الشافعي رضي الله عنه .

ومنهم مَنْ قال : إنه يصحُّ ؛ لأنّ المدةَ معلومةٌ ، وقد يقصد القصيل [٤] .

ثم في جواز القلع وجهان :

أحدهما : لا يقلع مجانًا ؛ كالإعارة المؤقتة .

والثاني : يقلع ؛ لأن فائدة تأقيت [٥] الإعارة طلب الأجرة بعد المدة ، وهاهنا

---

(١) في (أ) : « الثالثة » .   (٢) في (أ) : « يقلع » .

(٣) في (ب) : « من مكة إلى بغداد » .

(٤) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٢١٤/٥) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « تأخير » ، والمثبت من (أ) ، ومن نسخة أخرى ، كذا على هامش الأصل .

الأجرةُ في المدة لازمةٌ ، فلا تَظْهر فائدةٌ سوى القلع .

وعلى الجملة : نقل وجه من هاهنا إلى تأقيت الإعارة مُتَّجِهٌ ، وكذلك [1] في إجارة الأرضِ للبناء والغراسِ في جواز القلع بعد المدة هذا الخلافُ ، مع القطع في العارية المؤقتة بأنه لا يجوز القلعُ بعد المدة ، والتسويةُ متجهةٌ .

ثم إذا فَرَّعْنا على أن الإجارة المؤقتة كالعارية [2] المؤقتة [3] ، وأن القلع مجانًا بعده [4] لا يجوز ، فيتخيَّر بين القلع بأَرْشٍ أو الإبقاءِ [5] بأجرة ، أو التملكِ بعوضٍ كما في العارية .

فإن اختار القلع ، فمباشرةُ القلع أو بدلُ [6] مؤنتِه على مَنْ [7] ؟

في كلام الأصحاب فيه تردد ، يحتمل أنْ يقال : على المكتري [8] ، فإنه تفريغ [9] الملك ، وهو الذي شغله ، وإنما على المالك أرش النقصان .

ويحتمل أن يقال : إن أراد المالكُ القلْعَ ، فَلْيُبَاشِرْه ، وعلى هذا لو أبى المكتري [10] القلْعَ [11] أو التمكينَ منه ، ذكرنا في العارية أنه يقلع مجانًا ، وذُكِرَ هاهنا وجهٌ يطرد [أيضًا] [12] في العارية : أنه يقلع ويغرم له ، كالمالك إذا منع المضطرَّ الطعامَ لا يبطل حقُّه ، لكنْ يؤخذ قهرًا بعوض .

---

(١) في (أ) : « وكذا » .

(٢) في (ب) : « كالإعارة » .

(٣) كلمة : « المؤقتة » ليست في (أ) .

(٤) قوله : « بعده » ليست في (أ) .

(٥) في (ب) : « والإبقاء » .

(٦) في (ب) : « أو بذل » .

(٧) الأصح : أنها على المستأجر . انظر : الروضة : (٥/٢١٥) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « تفريع » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » ، والمثبت من (أ) .

(١١) كلمة : « القلع » ليست في (ب) .

(١٢) زيادة من (أ) .

المسألة الثالثة [١] : لو استلجرها [٢] للقمح فليس له زراعة الذرة .

ولو استأجر للذرة ، فله زراعةُ القمح ؛ لأنَّ ضررَه دونه .

ولو شرط المالكُ المنْعَ عن القمح ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُتْبع الشرط ؛ فهو المالك .

والثاني : يَفْسد الشرط ، فهو كقوله : أجرت بشرط أن لا تلبس إلا الحرير .

والثالث [٣] : أن العقد يفسد ، كما لو شرط أن لا يؤاجر الأرض المستأجرة [٤] .

ولو نَفَى الذرةَ ، فَزَرَعَها ، فللمكرِي المبادرةُ إلى القلع في الحال .

ولو زرع ما ضررُه دون ضرر المشروط . ولكنْ يطول بقاؤه ، فهل له في الحال قَلْعُه ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ لا ضررَ في الحال .

والثاني : نعم ؛ لأنه مُضِرٌ [٥] في جنسه بطول البقاء .

فرع : لو شرط القمح ، فَزَرع الذرةَ ، فلم يَقْلع حتى مضت المدة :

قال الشافعي - رضي الله عنه - : يتخير بين أن يطالب بأجرة المثل ، أو يطالب بالمسمى وأَرْشِ ⁽٦ نقصانِ الأرض ⁶⁾ [٧] .

---

(١) في (ب) : « المسألة الثالثة : إن الشافعي لركوب ، ولم يتعرض لو استأجرها » ، ولم نثبت هذه العبارة ؛ لما بها من خللٍ في المعنى .

(٢) في الأصل : « استأجرها » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (ب) : « والثاني » .

(٤) هذا الوجه هو الأقوى . انظر : الروضة : (٥/٢١٧)

(٥) في (ب) : « لا مضرة » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « النقص في الأرض » .

(٧) انظر مختصر المزني : (٣/٩٧) .

قال المزني : الأَوْلى بقوله [١] ، المسمَّى وأرشُ النقص [٢] [٣] .

فمن الأصحاب / من قال : هذا يدل على اضطرابِ قولٍ ، وحاصل ما [فيه] [٤] ثلاثة أقوال : ١١٨/ب

أحدها : أنه [٥] يتعين المسمى وأرشُ النقص ؛ إذ صَحَّت الإجارة ، ولم يعدل عن جنس الزراعة ، فهو كما لو استأجر دابةً لحملِ [٦] خمسين فحمل مائة ، يثبت المسمى وزيادةٌ .

والثاني : تتعين أجرةُ المثل ؛ إذ تَرَكَ المعقودَ عليه ، فصار كما لو استأجر للزراعة [٧] فبنى .

والثالث : أنه [٨] يتخيَّر ، كما قال الشافعي - رضي الله عنه - ؛ لأن الذرة يُضاهي [٩] القمحَ من وجه ، ويُخالفه من وجه ، فالخيارُ للمالك [١٠] .

ومن الأصحاب مَنْ طرد الأقوالَ في العدول عن [١١] الزرع إلى البناء والغراس .

القسم الثالث : في استئجار الدوابّ .

وفيه سبع مسائل :

الأولى : يجب على مُكري الدابة تسليمُ الحزام والثّغر ، والإكاف ، وفي الإبل : البرة والخطام والبرذعة .

---

(١) كلمة : « بقوله » ليست في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « النقصان » ، والمثبت من (أ) .

(٣) انظر مختصر المزني : (٩٧/٣) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) في (أ) : « أن » .

(٦) في (ب) : « نزل » .

(٧) في (أ) : « للزرع » .

(٨) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يضاهي » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) هذا هو المذهب ، وهو نصه في المختصر كما سبق . انظر : مختصر المزني : (٩٧/٣) ، روضة الطالبين : (٢١٧/٥ ، ٢١٨) .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « من » ، والمثبت من (أ) .

وفي السرج خلافٌ في إكراء الفرس ، والمتبعُ في كل ذلك العرفُ .

أما المحمل والمظلة والغطاء ، والحبل الذي يُشَدُّ به أحدُ المحملين إلى [١] الآخر : على المكتري .

أما آلاتُ النقلِ ؛ كالوعاء ، فعلى [٢] المكتري إنْ وردت الإجارة على عين الدابة ، وإن التزم في الذمة نَقْلَ متاعِه فعلى المُكري [٣] .

والدلو والرشأ في الاستقاء ، كالوعاء ، والمتبعُ في كل [٤] ذلك العرفُ .

الثانية : إذا استأجر للركوب ولم يتعرض للمعاليق ، ففي اقتضائه تعليقَ المعاليق وجهان :

أحدهما : يقتضيه ؛ للعادة [٥] .

والثاني : لا ؛ إذ رُبَّ راكبٍ لا معلاقَ له .

فإن قلنا : إنه يقتضيه ، فهو كما لو ذكر المعلاق ولم يفصله [٦] ، وقد ذكرنا خلافًا في أنه مجهول ، أم يُحَكَّم فيه [٧] العرف ؟

فرع : الصحيح أنّ الطعام يجب تقديره ، فلو قدر عشرين مَنًا ، فإذا فني هل [٨] يجوز إبدالُه ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ، كسائر المحمولات .

والثاني : لا ؛ لأنّ العادة في الطعام أن [٩] تنزفه الدابة إذا لم يبقَ .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « على » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « على » .

(٣) في (أ) : « المكتري » .

(٤) في (أ) : « جملة » .

(٥) في (أ) : « العادة » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « يفعله » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « به » .

(٨) في (أ) : « فهل » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « أنه » ، والمثبت من (أ) .

والثالث : أنه يبدل (إن فني الكلُّ ، وإن فني شيءٌ منه فلا يبدل كل ساعة)[1][2] .

الثالثة[3] : كيفيةُ السير والسُّرَى يُنَزَّل فيه على العادة أو الشرط ، وكذا النزول على العقبات ، يقتضيه مطلق الإجارة .

فلو[4] تنازعا في المنزل ، فإن كان في صيف فالصحراء ، وإن كان في شتاء[5] ففي القرى . وقد يختلف بالأمن والخوف ، فينزل في وقت الخوف في القرى ، وفي الأمن في الصحراء .

فإن لم يكن عُرْفٌ ، فسدت الإجارةُ إن لم يشترط .

والنزولُ عن الدابة ، والمشيُ رواحًا معتاد ، فإن أَبَى فهل يُجْبَر عليه ؟

فيه وجهان ، ووجه المنع : أنّ العادةَ التبرعُ به لمن أراد ، لا كالنزول على العقبة .

الرابعة : يجب على المكري إعانةُ الراكب في النزول[6] والركوب ، إن كان الراكب مريضًا أو شيخًا أو امرأة .

هذا إذا التزم بتبليغِ[7] الراكبِ المنزلَ في الذمة .

فإن أورد على عين الدابة وسلم[8] ففيه خلاف ، ولعله يختلف باختلاف أحوال

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٢) قال في الروضة : « وإن فَني بالأكل ، فإن فَني كلُّه أبدله على الصحيح ، وإن فَني بعضُه أبدله على الأظهر . ويُقال : الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٢٠) .

(٣) في (أ) : « الثالث » .

(٤) في (أ) : « ولو » .

(٥) في (أ) : « الشتاء » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « للنزول » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « تبليغ » .

(٨) في (أ) : « فيسلم » .

المكتري [١] في العادة .

أما الإعانة على الحمل ، فالصحيح : أنه يجب ؛ إذ العرفُ فيه غَيْرُ مختلفٍ ، والاستقلالُ بالحمل غيرُ ممكنٍ ، بخلاف الركوب .

ورَفْعُ المحمل وحطُّه - أيضًا - على المكري ، كالإعانة على الحمل .

وشد أحد المحملين إلى الآخر [٢] في الابتداء على مَنْ ؟ فيه وجهان ، من حيث إنه مردد بين تنضيد الأقمشة - وهو على المكري - وبين الحطِّ والرَّفع [٣] .

ثم [٤] قال الشافعي - رضي الله عنه - : إن تنازعا في كيفية الركوب في المحمل جلس لا مكبوتًا ولا مستلقيًا ، أي مستويًا غير مخفوضٍ [٥] أحد الجانبين من أسفل أو من قدام [٦] .

الخامسة : إذا استأجر للحمل مطلقًا ، فله أن يحمل ما شاء .

والأظهر : أن اختلاف الحديد والقطن والشعير ، كاختلاف القمح والذرة ، حتى يشترط التعرض له في وجه ، ثم إن شَرَطَ الشعير حمل الحنطة - إذ لا فَرْقَ - ولا [٧] يحمل الحديد . ولو شرط الحديد حمل الرصاص والنحاس ؛ للتقارب ، ولا يحمل القطن ، وكذا إذا شرط القطن لا يحمل [٨] الحديد ، لاختلاف جنس الضرر .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « المكري » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « بالآخر » ، والمثبت من (أ) .

(٣) أصح هذين الوجهين : أن شد أحد المحملين إلى الآخر على المكري . انظر : الروضة : (٥/٢١٩،٢٢١) .

(٤) قوله : « ثم » ليس في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « محفوظ » ، والمثبت من (أ) .

(٦) انظر : الأم : (٣/٢٦٠) ، مختصر المزني : (٣/٨٤) ، روضة الطالبين : (٥/٢٢٢) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « ولم » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (ب) : « تحمل » .

وأما الوعاء : هل يحتسب [١] إن قال : التزمتُ حَمْلَ مائةِ مَنًا [٢] من الحنطة ؟ فالوعاء وراءه ، فإن تماثلت الغراير في العرف حُمِلَ عليه ، وإلا شرط ذِكْرُ وزن الظرف .

فإن [٣] قال : احمل [٤] مائةَ مَنٍ ، فالظاهر أنه مع الظرف . وفيه وجه أنه كالصورة الأولى .

ولو قال : أَحمل عشرةَ آصُعٍ بدرهم ، وما زاد فبحسابِه ، فهو في عشرة [آصع] [٥] صحيحٌ ، وفي الباقي فاسدٌ ؛ لأنه لا مردَّ له .

السادسة : إذا تلفت الدابةُ المعينةُ انفسخت الإجارة . وإن وردت على الذمة وسُلّمت الدابةُ ، فَتَلِفَتْ ، جاز للمكري إبدالها ، ولم تنفسخ [٦] ، وكذا إذا وَجَدَ بها عيبًا لم يكن له الفسخ ، كما إذا وجد بالمُسْلَم فيه عيبًا ، نعم . يفيد القبض في الدابة وإن لم يعين في العقد تَسَلُّط المستأجرُ على إجارتِها ، والاختصاصِ بها إن أفلس المكري ؛ حتى يقدم على الغرماء بمنافعها [٧] .

ولو أراد المالك إبدالَها في الطريق - دون رضاه - فيه تردد .

والأصح : أنه إن قال : أجرتك دابةً مِنْ صفتِها كذا وكذا ، ثم عين لم يَجُزْ له الإبدالُ ، وإن قال : التزمتُ إركابك إلى البلد الفلاني جاز الإبدال [٨] .

السابعة : في إبدال [٩] متعلقات الإجارة .

---

(١) في (أ) : « يحسب » . (٢) في (أ) : « منٍ » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « إن » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « حمل » . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (أ) : « ينفسخ » ، والمثبت من (ب) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « منافعهما » ، والمثبت من (أ) .

(٨) الذي في الروضة : أن الأصح عند الجمهور : المنع ، والثاني : ما اختاره الغزالي وهو قول الشيخ أبي محمد . انظر : روضة الطالبين : (٢٢٣/٥) ، مغني المحتاج : (٣٤٩/٢) .

(٩) في الأصل ونسخة (أ) : « تبديل » ، والمثبت من (ب) .

أما المستوفي – وهو الراكب – : فيجوز إبداله بمثله .

و [(١)] أما المستوفى منه : وهو الأجير والدابة والدار [(٢)] – : فلا يجوز الإبدال بعد ورود الإجارة على العين .

وأما المستوفى فيه – وهو الثوبُ في الخياطة ، والصبيُّ في التعليم ، والمسافةُ / في البلاد والطرق – : ففيه ثلاثة أوجه : ١١٩/أ

أحدها : الجواز ؛ لأن الإجارة لا تتعلق [(٣)] بهذه الأشياء ، كالمستوفي [(٤)] .

والثاني : لا [(٥)] ، كالمستوفى منه .

والثالث : أنه لا إجبارَ فيه ، ولكن بالتراضي يجوز ، من غير تصريح بمعاوضة وشرطها .

فرع :

إذا استأجر ثوبًا للبس فلا يَبيتُ فيه ليلًا ، [(٦)] وكذا في وقت القيلولة [(٦)] ، وفي وقت القيلولة وجه [(٧)] . وليس له الاتزار به ؛ لأنّ ضررَه فوق اللبس .

وفي الارتداء به وجهان ؛ لأن ضررَه جنسٌ آخر [(٨)] .

***

(١) حرف : « و » ليس في (أ) . (٢) في (أ) : « فالدار » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « يتعلق » ، والمثبت من (أ) .

(٤) هذا الوجه هو الأصح عند الإمام والمتولي . انظر : الروضة : (٢٢٤/٥) ، مغني المحتاج : (٣٥٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٠٧/٥) . (٥) كلمة : « لا » ليس في (أ) .

(٦) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٧) وفي الروضة : أن الأكثرين على أنه يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة ، ولكن ضَبطَه الصيمريُّ فقال : إن نام ساعةً أو ساعتين جاز ؛ لأنه متعارفٌ . وإن نام أكثر النهار لم يجز ، وهذا ما ذكره النووي تعليقًا على قول الرافعي : أن النوم في الثوب في وقت القيلولة فيه وجهان ، وأن أصحهما : الجواز . انظر : روضة الطالبين : (٢٢٥/٥) .

(٨) الأصح : أنه يجوز الارتداء به . انظر :الروضة : (٢٢٥/٥) .

الفصل الثاني : في الضمان

والنظر في المستأجر والأجير [١] :

أما المستأجر : فيدُه يدُ أمانة في مدة الانتفاع ، ولو [٢] انهدمت الدار المستأجرة أو تلف [٣] الثوبُ المستأجر للبس [أو الدابة المستأجرة للركوب] [٤] بغير عدوان ، فلا ضمان ؛ لأن توفيةَ المنفعة واجبة على الآجر [٥] ، ولا يتوصل إليه إلا بإثبات يد المستأجر ، فكأنه [٦] يمسكه لغرض الآجر [٧] .

أما إذا تعدّى بضربِ الدابة من غير حاجة [٨ أو سببٍ ٨] آخر فتلف ، ضمن ضمان العدوان .

أما إذا انقضت المدةُ ، قال الشافعي - رضي الله عنه - : ولو حبسه بعد المدة فتلف ضمن [٩] .

واختلف الأصحاب ، فمنهم مَنْ قطع بأنّ يدَه يدُ أمانةٍ بعد المدة ، كما في المدة ، وأنه لا يَلْزمه مؤنةُ الردِّ ، وإذا [١٠] تلف فلا ضمان ، وأراد الشافعي - رضي الله عنه - ما إذا حبس بعد المطالبة .

ومنهم من قال : يدُه بعد المدة كَيَدِ المستعير ، فعليه مؤونةُ الردّ والضمان .

فأما قبل الانتفاع إذا سلم إليه الدابةَ ، فربطها [١١] في الإِصطبل فماتت [١٢] : فلا ضمان قبل مضيّ مدة الانتفاع .

---

(١) كلمة : « الأجير » ليست في (أ) .
(٢) في (أ) : « فلو » .
(٣) الأصل ونسخة (ب) : « الدابة أو » ، والمثبت من (أ) .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (أ) : « الأخير » .
(٦) في (أ) : « كأنه » .
(٧) في (أ) : « نفسه » .
(٨) في (أ) : « وبسبب » .
(٩) انظر : مختصر المزني : (٩١/٣) .
(١٠) في (أ) ، (ب) : « فإذا » .
(١١) في (أ) : « وربطهما » .
(١٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فمات » ، والمثبت من (أ) .

فإن [1] انهدم عليها [2] الإصطبل ، ([3] قال الأصحاب [3]) : يجب الضمان ؛ إذ لو ركب في الطريق لكان آمنًا من هذه الآفة .

أما الأجير على الدابّة للرياضة ، وعلى الثوب للخياطة ، وعلى الخُبْزِ للخَبْزِ ، فضامن إن تلف المالُ بتقصيره في العمل [4] .

وإن لم يقصر وتلف بآفة ، نظر : إن [5] كان في دار المالك وفي [6] حضوره ، والشيءُ في يد المالك فلا ضمان .

وإن كان في يد الأجير ودُكّانه ، ففيه ثلاثة أقوال :

الأصح : أنه لا ضمان .

قال الربيع : اعْتَقَدَ الشافعيُّ – رضي الله عنه – أنْ لا ضمان [7] على الأجير ، وأن القاضي يَقْضي بعلمه ، ولكنْ كان لا يَبُوح به خيفةَ القضاةِ السوءِ والآجِرِ السوء [8] .

ويتأيَّدُ ذلك بأنّ الراعي إذا تلفت [9] الأغنامُ تحت يده بالموت بآفةٍ [10] سماوية لا يَضْمن إجماعًا ، وعاملُ القراض لا يضمن إجماعًا ، والمستأجِرُ لا يَضْمن إجماعًا .

[و] [11] الثاني : أنه يضمن .

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « عليه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « الفعل » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « أو في » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « ضمن » ، والمثبت من (أ) .

(٨) انظر : الأم : (٢٦٤/٣) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « تلف » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « بآفات » .

(١١) زيادة من (أ) .

ويتأيَّد ذلك بآثارٍ من الصحابة ، وفيه مصلحةٌ للناس صيانةٌ للمال من الأجراء السوء [و] [1] لأنّ العملَ وجب عليه (٢ وإنما هو مستعير للثوب لغرضِ نفسه ، حتى يوفي عملَه بواسطته ، بخلاف المستأجر ٢) .

والثالث : أن الأجير المشترك الذي يقدر على أن يحصله بنفسه وغيره يضمن . والمنفرد [3] المعينُّ شخصُه للعملِ لا يَضْمن . والفرقُ ضعيفٌ [4] .

فروع أربعة :

الأول : إذا غسل ثوبَ غيره ، أو حَلَق رأسَه ، أو دلكه من غير جريان لفظٍ في [5] الإجارة ، فظاهِر نصِّ الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا يستحق شيئًا ، وهو قياسُ مذهبه [6] ؛ لأن الأجرة تجب بعقد ، ومجردُ القرينة عند الشافعي - رضي الله عنه - لا تقوم [7] مقامَ العقد ، ولأجله لم تكن المعاطاةُ بيعًا ، أو [8] تجب بالإتلاف . والغَسَّالُ والدَّلال [9] والحلَّاق هم الذين [10] أتلفوا منافعَ أنفسهم ، ولم يَجْرِ منه إلا سكوت أو إذن .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « والمفرد » .

(٤) قال في الروضة : « أما المشترك ، فهل يضمن ما تلف في يده بلا تعدٍّ ولا تقصيرٍ ؟ فيه طريقان : أصحهما : قولان . أحدهما : يضمن كالمستعير والمستام . وأظهرهما : لا يَضْمن كعامل القراض .

والثاني : لا يضمن قطعًا . وأما المنفرد : فلا يضمن على المذهب ، وقطع به جماعة » . انظر : روضة الطالبين : (٢٢٨/٥) ، مغني المحتاج : (٣٥١/٢ ، ٣٥٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٠/٥ ، ٣١١) .

(٥) قوله : « في » ليس في (أ) .

(٦) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٢٣٠/٥) ، مغني المحتاج : (٣٥٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١١/٥ ، ٣١٢) .

(٧) في (ب) : « يقوم » . (٨) في (أ) : « و » .

(٩) كلمة : « والدَّلال » ليست في (أ) . (١٠) كلمة : « الذين » ليست في (أ) .

ولو أتلف ملكَ غيره بإذنه لم يَضْمن ، فكيف إذا أتلف المالك منفعة نفسِه ؟

واختار المزني : أنه يضمن له إذا كان مثله يعمل بأجرة ، ويكون بالإذن مستوفيًا للمنفعة ، وفعلُه لا يدل على المسامحة ، فيبقى مضمونًا ، كما أن مَنْ دخل الحمام جُعِلَ مستوفيًا للمنفعة ضامنًا .

ومن أصحابنا من قال : إن كان الالتماس من صاحب الثوب ضمن ، وإن كان من الغَسَّال لم يَسْتحق .

فإن قيل : وما يستحقه الحمامي عوضُ ماذا ؟

قلنا : من أصحابنا من قال : هو ثمنُ الماء ، وإلا فهو متبرع [(١)] بالسَّطل والإزار [(٢)] إعارة له ومتبرعٌ بحفظ الثياب ، وهو ضعيف ؛ لأن الماء تابعٌ في مقصود الاستحمام ، ولو كان مقصودًا لكان يضمن بالمثل إن كان متقومًا .

بل ما يستحقه أجرة منفعة السطل والإزار والحمام وحفظ الثياب ، فهو في حق الثوب كأجير مشترِكٍ ؛ حتى يُخَرَّج ضمانه على القولين .

والداخل لا يضمن السطل والإزار ضمانَ المستعير ، بل هو كالمستأجر .

الفرع الثاني : إذا قصر الثوبَ فتلف بعد القصارة .

إن كان يغسل في يد المالك وداره ، فيستحق [(٣)] الأجرة ولا [(٤)] ضمان.

وإن كان في يد الغَسَّال ففي الضمان القولان ، وفي الأجرة قولان ، مأخذهما : أن القصارة عين أو أثر ؟

وفائدته : أن القصار هل له حق [(٥)] الحبس كما للصباغ ؟

فإن قلنا : له حق الحبس ، فقد تلف قبل التسليم [(٦)] فلا أجرة له [(٦)] .

---

(١) في (أ) : « تبرع » .

(٢) كلمة : « والإزار » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « يستحق » .

(٤) في (أ) : « فلا » .

(٥) كلمة : « حق » ليست في (ب) .

(٦) في (ب) : « الصحيح أنه لا أجر له » .

وإن قلنا : أثر ، ولا [1] حَبْسَ ، فقد صار بمجرد الفراغ مُسَلِّمًا ، فله الأجرة .

والصحيح : أنه لا أجرة له ولا ضمانَ .

وفي طريقة العراق : أنَّا إن ضمناه فله الأجرة ، وإن جعلناه أمينًا فلا أجرة له . وقدمناه من البناء أظهر .

[الفرع] [2] **الثالث** : إذا استأجر دابة ليحملها عشرة آصُعٍ ، فأخذ الدابة وحملَها أحدَ عشرَ صاعًا ، وتلفت [3] تحت يده ضمن كلها ؛ لأنه غاصب .

ولو سلَّم أحد عشر صاعًا إلى المكري ، وليس عليه فظنَّ أنه عشرةٌ ، فحملها ، فتلفت الدابة بآفة أخرى فلا ضمان عليه ، وإنما عليه أجرةُ المثل للزيادة ، وإن تلفت [4] بثقل الحمل ، فالأظهر أن الغَارَّ يُطَالب بالضمان . وإن كان مباشرةُ الحمل من مالك الدابة .

وفي قدر الضمان قولان :

أحدهما : النصف ؛ لأنه تلف بمضمونٍ وغيرِ مضمونٍ ، فهو كالجراحات .

والثاني : يُوَزَّع على قدر الحمل ، فيلزمه جزءٌ من أحد عشر جزءًا من الضمان ، بخلاف الجراحات ، فإن آثارها لا ينضبط [5] .

ومثل / هذا الخلاف جارٍ في الجلاد إذا زاد على الحدِّ واحدةً [6] ، أنه يوزع على العدد أو يُنَصَّف ؟ ١١٩/ب

ولو استأجر رجلان ظهرًا ، فَارْتَدَفهُما ثالثٌ بغير إذنهما وهلكت [7] الدابةُ ،

---

(١) في (أ) : « فلا » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « فتلف » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « تلف » ، والمثبت من (أ) .

(٥) هذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٢٣٤/٥) .

(٦) في (أ) : « واحدًا » . (٧) في (أ) : « فهلكت » .

ففيما [١] على الرديف ثلاثة أوجه :

أحدها : النصف ؛ إذ هَلَكَ بمضمونٍ وغيرِ مضمون .

والثاني : أنهم يوزنون ، ويُقَسَّط الضمان على وزنه بحصته .

والثالث : أن عليه الثلث ، فإنَّ وزن الرجالِ بعيدٌ [٢] .

الفرع الرابع : سلم ثوبًا إلى خياطٍ فخاطه قباء ، فقال المالك : ما أَذِنْتُ لك إلا في خياطته قميصًا ، وتنازعا .

قال ابن أبي ليلى : القولُ قول الخياط ؛ لأن الإذن في أصله [٣] متفق عليه . وهو أمين . فالقول قوله في التفصيل ، وقال أبو حنيفة – رحمه الله – : القول قول المالك لأنه الآذِنُ ، فَيُرْجَع إليه في تفصيل إذنه .

قال الشافعي – رضي الله عنه – : [و] [٤] قولُ أبي حنيفة – رحمه الله – أولى . ثم ذكر قولًا ثالثًا ، وهو [٥] : أنهما يتحالفان ، إذ المالك يدعي عليه خيانةً وهو ينكرها ، والخياطُ يدعي على المالك إذنًا في خياطة القباء وهو ينكره [٦] .

---

(١) في (ب) : « ففيها » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٣٥ ، ٢٣٦) .

(٣) في (أ) : « الأصل » . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « وهو » ليس في (أ) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه إذا أعطى المالكُ ثوبًا إلى خياط ليقطعه ويخيطه ، فخاطه قباءً ، ثم اختلفا ، فقال الخياط : أَمَرتني بقباء ، وقال المالكُ : بل أمرتُك بقميصٍ ، ففيه خمسة طرق :

أصحها وبه قال الأكثرون : في المسألة قولان : أظهرهما عند الجمهور : أن القول قولُ المالك . والثاني : القول قول الخياط .

والطريق الثاني : فيه ثلاثة أقوال . هذان ، والثالث : أنهما يتحالفان .

والطريق الثالث : قولان . تصديق المالك ، والتحالف .

=

فمن الأصحاب [1] من قال : للشافعي - رضي الله عنه - ثلاثة أقوال ؛ إذ لا يرجح فاسد على فاسدٍ ، فدل [على] [2] أنه رأى [3] مذهبهما رأيًا [3] .

ومنهم من قال : مذهبه التحالف ، وذاك [4] حكاية عن مذهب الغير ، وهو الأصح .

التفريع : إن قلنا : يحلف الأجيرُ ، فحلف سقط عنه الأرْشُ .

وهل يستحق الأجرةَ ؟ وجهان :

أحدهما - وهو قول أبي إسحاق المروزي - : لا ؛ لأنَّ يمينه نافيةٌ ، فلا تصلح للإثبات [5] .

والثاني : أنه يستحق ؛ لأنَّا نُحلِّفه [6] على أنه أَذِنَ له في خياطته قباءً لا قميصًا ، فَلْيستفد بيمينه استحقاق الأجرة .

فإن قلنا : يستحق فأجرةَ المثلِ أو المسمَّى ؟ فيه وجهان :

أحدهما : المُسَمَّى ؛ تصديقًا له كما قال ، فإن كان من إشكال فهو من ضعف هذا القول ولزومه عليه .

= والرابع : القطع بالتحالف .

والخامس - وهو عن ابن سريج - : إنْ جرى بينهما عقدٌ تعيَّنَ التحالفُ ، وإلا فالقولان الأولان .

ومذهب الحنفية : وهو أن القول قولُ المالكِ مع يمينه . انظر : الأم : (٣/٣٦٣) ، مختصر المزني : (٣/ ٨٩ ، ٩٠) ، روضة الطالبين : (٥/٢٣٦) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥٤) ، نهاية المحتاج : (٥/٣١٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٢/٦٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/٥٢ ، ٥٣) .

(١) في (أ) : « أصحابنا » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « مذهبهما مذهبًا » .

(٤) في (أ) : « وذلك » .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٣٦) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « نحلف » ، والمثبت من (أ) .

والثاني : أجرة [1] المثل ؛ إذ ربما يكثر المسمى ويَبْعُد إثباتُه بيمينِ النفي .

فإن قلنا : لا يستحق ، فيدعي على المالكِ الأجرةَ ، فإنْ حَلف سقط ، وإن نَكَلَ فهل [2] تُجَدَّدُ اليمينُ عليه ؟

قال القاضي حسين – رحمه الله – : لا ؛ إِذْ لا فائدة [3 في التكرير 3] ، فكأنَّ يمينَهُ السابقة [4 كانت موقوفةً 4] على النكُول لِتصيرَ [5] حجةً .

والثاني : أنه يكرر اليمين ؛ إذ لا عهد بتقديم اليمين على النكول في الإثبات [6] .

وإن فرعنا على أن القولَ قولُ المالك ، فيحلف له [7] أنه أَذِن له في القميص لا في القباء ، وتسقط [8] [عنه] [9] الأجرةُ ويَسْتَحِق الضمان ؛ لأنه إذا انتفى الإذن فالأصل الضمان .

وفي قدر الضمان قولان :

أحدهما : التفاوت بين المقطوع وغير المقطوع .

والثاني : التفاوت بين المقطوع قميصًا و [10] قباءً ؛ لأن هذا القدر مأذونٌ فيه .

وهذا يلتفت على أن الوكيل إذا ضمن في البيع ، هل يحط عنه ما يتغابَنُ الناسُ به ، فإنه كالمأذون فيه لو تمَّ البيع ؟ ثم مهما لم يأخذ الأجِيرُ الأجرةَ فله نَزْعُ الخيطِ إذا كان

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أجر » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « فقد » .

(٣) في (أ) : « للتكرير » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « كان موقوفًا » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « ليصير » ، والمثبت من (أ) .

(٦) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٣٦/٥ ، ٢٣٧) ، مغني المحتاج : (٣٥٥/٢) .

(٧) في (أ) : « على » .

(٨) في (ب) : « ويسقط » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في الأصل ونسخة (أ) : « أو » ، والمثبت من (ب) .

ملكًا له .

وإن فرعنا على التحالف ، فإذا تحالفا سقطت الأجرةُ ، وهل يسقط الضمان ؟ قولان :

أحدهما : لا ؛ إذْ فائدةُ التحالفِ رَفْعُ العقد والرجوعُ إلى ما قبله .

والثاني - وهو الأصح [1] - : أنه يَسْقط ، لأنه حلف على نَفْي العدوان - أَعني الخياطة [2] - ولو نكل لكان لا يَلْزمه إلا الضمان ، فَلْيكن ليمينِه فائدةٌ .

* * *

(١) الذي في الروضة : أنه الأظهر ، لأنهما قولان . روضة الطالبين : (٥/٢٣٧) .

(٢) في (أ) : « الخياط » .

الباب الثالث

في الطوارئ الموجبة للفسخ

وهو [1] ثلاثة أقسام :

الأول : ما ينقص المنفعة من العيوب : فهي سبب للخيار قبل القبض وبعد القبض ، لأنه وإن قبض الدار والدابة ، فالمنافعُ غيرُ مقبوضةٍ بَعْدُ .

نعم . أُقيم قبضُ محل المنافع مقامَ قَبْضِ المبيع في التسليط على الإجارة ، وفي لزوم تسليم البضع إن كانت المنفعةُ صداقًا ، وحصول العتق إن كانت المنفعة نجومَ كتابةٍ ، وذلك لأجل الضرورة ، ولا ضرورةَ في نفي خيار العيب .

والعيبُ : كلُّ ما يؤثر في المنفعة تأثيرًا يَظْهر به تفاوتُ الأجرة ، [2] ما لا يظهر [2] [به] [3] تفاوت قيمة الرقبة ، فإنّ موردَ العقدِ المنفعةُ .

فروع [أربعة] [4] :

أحدها : [أن] [5] عذر المستأجر في نفسه لا يُسَلِّط على الفسخ ، كما إذا استأجر دابة لسفرٍ فمرض ، أو حمامًا فتعذّر عليه الوقودُ ، أو حانوتًا فاحترف بحرفة أخرى ، فإنه لا خلل في المعقود عليه .

وقال أبو حنيفة : يثبت الفسخ بهذه المعاذير [6] .

---

(١) في (أ) : « وهي » .

(٢) في (أ) : « لا ما يظهر » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) **مذهب الشافعية** : أن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار ، سواء كانت إجارةَ عينٍ أو ذمةٍ ، وسواء كان العذر للمؤجِّر أو للمستأجر ، كما إذا استأجر دابةً للسفر عليها فمرض ، أو حمامًا فتعذر عليه الوقودُ ، وكما لو مرض المؤجِّر وعجز عن الخروج مع الدابة ، أو أكرى داره وأهلُه مسافرون ، فعادوا واحتاج إلى الدار ، فلا فَسْخَ في شيء من ذلك ، حيث لا خَلَلَ في المعقود عليه .

=

الثاني : لو [1] استرمّ الجدار [1] فهو عيبٌ .

فلو بادر المكري إلى الإصلاح لم يَثْبت الفسخُ ، وإنما الخيار إذا امتنع عن العمارة أو افتقر إلى تعطيل مدة ، فإنْ رضي المكتري دون الإصلاح فالصحيح أنه يلزمه تمامُ الأجرة .

الثالث : إذا أكرى أرضًا للزراعة ففسد الزرعُ بجائحةٍ من بردٍ أو صاعقة : لم يثبت بالفسخ ، ولا ينقص [2] شيء من الأجرة ؛ لأن الأرض لم تتعيَّبْ ، وإنما النازلةُ نَزَلَتْ بملكه .

وإن أفسدت الجائحةُ الأرضَ ، وأبطلت [3] فيها [4] قوةَ الإنباتِ ، ثم فسد [5] الزرعُ بعده فيفسخ العقد فيما بقي من الزمان .

والظاهر : أنه يستردّ أجرة ما سبق ، إذ كان موقوفًا على الآجر ، فإن أول الزراعة غير مقصود ، ولم يسلم له الآجر .

وإن أفسد الأرض بعد إفساد الزرع : فالظاهر أنه لا يسترد شيئًا ؛ لأنه لو بقيت صلاحيةُ الأرض وقوَّتُها لم يكن للمستأجِر فيها فائدة / بعد فوات زرعه . ١٢٠/أ

الرابع : مهما أثبتنا له الخيارَ ، فإنْ رضي : فالصحيح أنه مأخوذ بتمام الأجرة .

وإن [6] فسخ [7] : فالصحيح أنه لا ينفسخ فيما مضى ، وتُوَزَّع [8] الأجرةُ المسماة

= **ومذهب الحنفية** : أن الإجارة تنفسخ بالأعذار ، سواءٌ للمؤجِّر أو للمستأجر ، وذلك كمن استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، أو كمن أجَّر دكانًا ثم أفلس ، إلى غير ذلك من الأعذار . انظر : روضة الطالبين : (٢٣٩/٥ ، ٢٤٠) ، مغني المحتاج : (٣٥٥/٢) ، نهاية المحتاج : (٣١٥/٥ ، ٣١٦) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٢٨٠/٣) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦١/٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٥٥/٢) .

(١) في (أ) : « استرمت الدار » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ينقض » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « وأبطل » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « منها » .

(٥) في (أ) : « أفسد » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « فسد » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « ويودع » ، والمثبت من (أ) .

على قدر أجرة المثل في المدتين ، لا على المدة .

القسم الثاني : فوات المنفعة بالكلية :

فموتُ [1] الدابةِ المعينة ، والعبدِ المعينِّ للعملِ يُوجِبُ انفساخَ الإجارة إن وقع عقيب العقد .

وإن مضت مدةٌ : انفسخ بالإضافة إلى الباقي .

وبالإضافة إلى الماضي يُخَرَّج على نظيره في تفريق الصفقة .

فروع :

الأول : إذا انهدمت الدار : نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - أن الإجارة تنفسخ [2] [3] . وإذا انقطع شرب الأرض المستأجرة [4] للزراعة نصَّ أنه يثبت الخيار [5] .

فقال الأصحاب : فيه قولان بالنقل والتخريج .

أحدهما : الانفساخ ؛ إذ فاتت المنفعةُ المقصودة .

والثاني : ثبوتُ الخيار ؛ إذ الأرضُ على الجملة تبقى مُنْتَفَعًا بها بوجهٍ ما ، ومنهم [6] من قرر [7] النصين ، وفَرَّقَ بأنّ الدار لم تَبْقَ دارًا بعد الانهدام ، والأرضُ بقيت أرضًا [8] .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « بموت » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ينفسخ » ، والمثبت من (أ) .

(٣) انظر : الأم : (٣/٢٤٧) ، مختصر المزني : (٣/٩٦ ، ٩٧) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « المستأجر » ، والمثبت من (أ) .

(٥) انظر : الأم : (٣/٢٤٢) ، مختصر المزني : (٣/٩٣) .

(٦) في (أ) : « فمنهم » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « قيد » ، والمثبت من (أ) .

(٨) قال في الروضة : « نصَّ أنَّ انهدام الدار يَقْتضي الانفساخَ ، نصَّ فيما إذا اكترى أرضًا للزراعة ولها ماءٌ معتادٌ فانقطع ، أنَّ له فَسْخَ العقد ، وفيهما ثلاثة طرق :

=

فإن قلنا : له الخيار ، فأجاز ، فهل يجيز بكل الأجرة [١] ، أم يُحَطّ قِسْطٌ لأجل الشرب ؟ فيه وجهان [٢] .

وهذا أيضًا [٣] يُضاهي التردُّدَ في أن اللبن مقصودٌ مع الحضانة أو هو تابع ؟

ولو كان عَوْدُ الماءِ متوقَّعًا ، فلم يَفْسخ ، ثم بعد ذلك أراد الفسخ ، إذا لم يعد فله ذلك ، وهو كالمرأة إذا أخَّرَتِ الفسخَ [٤] بعد ثبوت إعسار [٥] [الزوج] [٦] ومضيِّ مدة الإيلاء .

الثاني : إذا مات الصبيُّ الذي استؤجر على إرضاعه ، أو [٧] العبد الذي استؤجر على تعليمه ، أو [تلف] [٨] الثوبُ الذي استؤجر على خياطته : ففي الانفساخ وجهان ذكرناهما :

= أحدها : تقرير النصين ؛ لأن الدار لم تَبْقَ دارًا ، والأرضُ بقيتْ أرضًا ؛ ولأن الأرض يمكن زراعتُها بالأمطار .

والثاني : القطع بعدم الانفساخ .

وأصحها : قولان في المسألتين . أظهرهما : في الانهدامِ الانفساخُ ، وفي انقطاعِ الماءِ : ثبوتُ الخيار ، وإنما يثبت الخيارُ إذا انقطعت الزراعة » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٤١ ، ٢٤٢) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٥٧) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٢٠ ، ٣٢١) .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « الثمن » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « وإن أجاز لزمه المُسمَّى كُلّه . وقيل : يحطّ للانهدامِ وانقطاعِ الماء ما يخصه » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٤٢) .

(٣) قوله : « أيضًا » ليس في (ب) .

(٤) كلمة : « الفسخ » ليست في (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « الإعسار » ، والمثبت من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « و » .

(٨) زيادة من (أ) .

أحدهما : أنه [١] لا ينفسخ ؛ لأنه كالمستوفي فأشْبَهَ موتَ العاقدين ؛ فإنه لا يُوجب الفسخَ عندنا .

والثاني : نعم ، بل هو كموتِ الأجير ، لأنّ الغرض يختلف به .

وقد نصّ الشافعي - رضي الله عنه - على أنه لو أَصْدَقَها خياطةَ [٢] ثوبٍ فتلف الثوبُ ، رجعت [٣] إلى مهر المثل ، وهو حكم بالانفساخ [٤] .

وفيه وجه ثالث - [و] [٥] هو الأعدل - : وهو أنهما إن لم يَتَشَاحَّا في الإبدال استمر العقدُ ، وإلا ثَبَتَ الفسخُ .

الثالث : إذا غصبت الدار المستأجرة حتى مضت مدة الإجارة : قال المراوزة : ينفسخ العقد [٦] .

وذكر العراقيون قولين : أحدهما : أنه ينفسخ . والثاني : للمستأجر الخيارُ .

فإن أجاز طَالَبَ الغاصبَ بالأجرة ؛ كالبيع إذا أتلفه أجنبيٌّ قبل القبض .

وهذا بخلاف المنكوحة إذا وُطئت [بشبهة] [٧] ، فإن البدل لا يُصْرف إلى

---

(١) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « منفعة » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « رجح » .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (٢٤٤/٥) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) الذي نص عليه الشافعي والأصحاب : هو انفساخ العقد . انظر : الروضة : (٢٤٢/٥ ، ٢٤٣) .

(٧) زيادة من (أ) .

الزوج ؛ لأن النكاح لا يُوجب حقًّا في المال ، بخلاف منفعةِ الإجارة . هذا إذا [١] مضت المدة .

وأما [٢] في ابتداء الغصب ، فكما جرى يَثْبت الخيار للمُكْتَرِي لأنه تأخر حقُّه بعد التعيين .

ولو ادَّعى الغاصبُ مِلْكَ الرقبة لنفسه فاللمُكْرِي حقُّ المخاصمة .

قال الشافعي - رضي الله عنه - : وليس [٣] للمكتري حقُّ المخاصَمة ؛ لأنه لو أَقَرَّ ما كنتُ أَقْبَلُ إقرارَه [٤] .

وذكر المراوزة وجهًا منقاسًا : أنه يخاصم لطلبِ المنفعة ، وإن كان لا يُقبل إقراره في الرقبة .

فلو [٥] أقر المكري بالدار [٦] للغاصب ، فإنْ قلنا : يصح بيعُه ، نفذ إقرارُه .

وإن قلنا : لا يصح بيعُه ، ففي إقرارِه من الخلاف ما في إقرار الراهن [٧] .

فإن قبلنا إقرارَه ، ففي سقوطِ استحقاق المستأجر من المنفعة ثلاثة أوجه :

أحدها : يسقط تابعًا للرقبة .

والثاني : لا ؛ لأنه التزم [٨] حقه في المنفعة ، فلا يقدر على إبطاله [٩] .

والثالث : إن كانت الدار في يد المكتري لا تُزايل [١٠] يده إلى مضيِّ المدة ، وإن

---

(١) قوله : « إذا » ليس في (ب) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فأما » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « ليس » .

(٤) انظر : الأم : (٣/٢٤٤) ، وهذا المنصوص هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٤٣) .

(٥) في (أ) : « ولو » .

(٦) قوله : « بالدار » ليس في (أ) .

(٧) الأظهر قبول إقراره . انظر : الروضة : (٥/٢٤٣) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « ألزم » ، والمثبت من (أ) .

(٩) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٤٣) .

(١٠) في (أ) : « تُزال » .

كانت [١] في يد المُقَرِّ له ، فلا [٢] تُنزع من يده أيضًا .

الرابع : إذا هرب الجمَّال بجماله ، فقد تعذرت المنفعة .

فإن ورد العقد على العين فله الفسخ ، وإذا مضت المدةُ انفسخ .

وإن ورد على الذمة ، فللقاضي أنْ يستأجر عليه استقراضًا إلى أن يرجع ، وإن كان له مال باع [٣] فيه .

وإن ترك جماله استوفيت منفعتها [٤] ، والقاضي يُنْفق عليها .

فإن أنفق المكتري بنفسه ، ففي رجوعه عند العجز عن القاضي خلافٌ ذكرناه في المساقاة [٥] .

وحيث قضينا بالانفساخ في موت الدابة والعبد والغصب أردنا به ما [٦] إذا وردت الإجارة على العين .

فَإن وردت على الذمة فلا تنفسخ ، ولكن يُطالب بالتوفية من عينٍ أخرى .

الخامس : إذا حبس المكتري الدابةَ التي استأجرها ، استقرت عليه الأجرةُ وإن لم يستعملْها مهما [٧] مضت المدةُ في حبسه ، سواء كانت الإجارةُ وردت على عين الدابة أو على الذمة ، وسلمت الدابة .

فأما المكري إذا حبس ولم يُسلِّم ، انفسخت الإجارةُ إن كان قد عَيَّنَ مدة ، وإن لم تكن [٨] المدةُ معينةً ، فوجهان :

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « كان » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « بيع » .

(٤) في (أ) : « المنفعة » .

(٥) الأظهر : أنه له الرجوع بما أنفق . انظر : الروضة : (٥/٢٤٦) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥٧ ، ٣٥٨) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٢٥) .

(٦) قوله : « ما » ليس في (أ) .

(٧) في (ب) : « فمهما » .

(٨) في (ب) : « يَكُن » .

أحدهما : نعم ، ينفسخ كما تستقر به الأجرة [1] في حبس المكتري .

والثاني : لا ينفسخ ، بل يقال : تأخر حقُّه ، فله الخيار إن شاء ؛ لأن الوقتَ غير متعينٌ [2] .

السادس : التلف الموجب للانفساخ أو للخيار موجب حكمه ، وإن صدر من المكتري ، ولكنه ضامن .

وهو كما لو جَبَّت المرأةُ زوجَها ، ضمنت [3] وثبت [4] لها فَسْخُ النكاحِ .

القسم الثالث : ما يمنع من استيفاء المنفعة شرعًا :

فهو أيضًا موجبٌ للانفساخ ، كما لو استأجر على قلع سِنٍّ ، فسكن الألَمُ ، أو قطع يدٍ ، فَسَلِمتِ اليدُ ، أو ليقطع يَدَ مَنْ عليه القصاصُ ، فعفا : انفسخت الإجارة في الكل ؛ لأن الفوات شرعًا كالفوات حسًّا ، إلا عند مَنْ يرى الإبدال في مثل / هذه ١٢٠/ب الأمور ، وتيسُّر الإبدال .

فروع أربعة :

الأول : إذا أجر الوقف المرتب على البطون ومات ، ففي انفساخ الإجارة وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه عاقد والإجارة لا تَنفسخ بموت العاقد . فعلى هذا : البطن

---

(١) كلمة : « الأجرة » ليست في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « ولو لم تكن المدة مقدرة ، واستأجر دابةً للركوب إلى بلدٍ فلم يسلمها حتى مضتْ مدةٌ يمكن فيها المضيُّ إليه ، فوجهان .

أحدهما : تنفسخ الإجارة ، وهو اختيار الإمام .

وأصحهما - وبه قطع الأكثرون - : لا تنفسخ ؛ لأن هذه الإجارة متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ، ولم يتعذَّر استيفاؤها . فعلى هذا قال الأصحاب : لا خيار للمستأجر ، كما لا خيارَ للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدةً ثم سَلَّمه . وشذ الغزالي فقال في « الوسيط » : له الخيار ؛ لتأخرِ حقِّه . والمعروفُ ما سبق» . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٤٨) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥٩) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٢٧) .

(٣) قوله : « ضمنت » ليس في (أ) .　　(٤) في (أ) : « ويثبت » .

الثاني يرجع في تركته بأجرة المدة الباقية .

والثاني - وهو الأظهر - [1] : أنه ينفسخ ؛ إذ بَانَ أنه بإجارته تناول ما لا حقَّ فيه .

وفي إلزام إجارته على مَنْ بعده من البطون ضررٌ ظاهرٌ ، بخلاف الوارث .

فإنه يلزمه تسليمُ الدار المكراة ؛ لأنه يأخذ الملك من المورث ، ولم يملك إلا دارًا لا منفعة لها .

الثاني : إذا آجر الصبي أو ماله على وفق الغبطة مدةً تزيد على مدة الصّبى ، فهو باطل في القدر الفاضل ، وفي القدر الباقي ينبني على تفريق الصفقة ، وإن كان متقاصرًا عن سن بلوغه صحت الإجارة .

فإن بلغ قبل السّنّ بالاحتلام ، ففي انفساخ الإجارة وجهان :

الأظهر : أنه لا ينفسخ ؛ لأنه وليُّه ، وقد نَظَر له ، والأجرة [قد] [2] سلمت له .

والثاني : [أنه] [3] ينفسخ ؛ إذ بَانَ أنه تناول بعقده ما خرج عن محلِّ ولايته [4] .

الثالث : إذا آجر عبدًا ثم أعتقه قبل مضيّ المدة : صَحَّ العتق ، كما لو زوج جارية ثم أعتقها ؛ إذ لا يُنَاقِض الإجارةُ العتقَ .

---

(١) الذي في الروضة : أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٤٩/٥) ، ومغني المحتاج : (٣٥٦/٢) ، ونهاية المحتاج : (٣١٨/٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) قال في الروضة : « ويجوز أن يؤجره مدةً لا يبلغ فيها بالسّنّ وإن احتمل بلوغه بالاحتلام ؛ لأن الأصلَ بقاءُ الصِّبا . فلو اتفق الاحتلام في أثنائها ، فوجهان :

أصحهما عند صاحب « المهذب » ، والروياني : بقاء الإجارة .

وأصحهما عند الإمام والمتولي : لا تبقى . قلت : صحح الرافعيُّ في « المحرر » الثاني ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٢٥٠/٥) .

والمذهب المقطوع به : أنه لا تنفسخ [1] الإجارة .

وفيه وجه ذكره صاحب التقريب : أنه ينفسخ كموت البطن الأول .

نعم ، اختلفوا فيما للعبد ، فمنهم مَنْ قال : له الخيار ، وهو أيضًا بعيد في المذهب ، بل الصحيح استمرارُ الإجارة على اللزوم [2] .

وفي رجوع العبد (٣ بأجرة مثله على السيد ٣) وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه فَوَّته بعد الحرية ، والمنفعةُ حدثت على ملك العبد .

والثاني : لا ، وكأنه كالمستوفى في حالة الرقّ [4] .

فإن قلنا : لا يرجع بالأجرة ، ففي نفقته وجهان :

أحدهما : على السيد ، وكأنه استبقى حبسه مع العتق .

والثاني : على بيت المال ، فإن الملك قد زال ، وهو فقير في نفسه [5] .

الرابع : إذا باع الدارَ المستأجرة من أجنبي قبل مضيّ مدة الإجارة ففيه قولان ، أظهرهما : الصحةُ ، وكأن المنافع مستثناة .

ولو استثنى المنافع لنفسه مدةً فهو على هذا الخلاف . ويَشْهد لجواز الاستثناء حديثٌ وَرَدَ فيه ، وإن كان القياس يقتضي البطلان .

ولو انفسخت الإجارة بعذر في بقية المدة ، فالمنفعةُ الباقية للمشتري أو للبائع ؟ فيه وجهان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « ينفسخ » .

(٢) قال في الروضة : « ولا خيار للعبد على الأصح » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٥١) .

(٣) في (أ) : « على السيد بأجرة مثله » .

(٤) الذي في الروضة : أن هذا هو الأظهر الجديد . وقيل : الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٥١) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥٩) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٢٧) .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٥١) ، مغني المحتاج : (٢/٣٥٩) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٢٧) .

أحدهما : للمشتري ، (١ فإنه يحدث ١) على ملكه بعد انفساخ الإجارة .

والثاني : لا ؛ لأنه كان للمستأجر ، فيعود [٢] بفسخه إلى العاقد للإجارة لا غير ، أما إذا باعها من المستأجر فالظاهر الصحة [٣] [٤] ، وتُستوفى المنفعة في بقية المدة بحكم الإجارة .

وفيه وجه آخر : أنه تنفسخ الإجارة كما لو اشترى زوجتَه ، فإن ملك العين أقوى في (٥ إفادة المنفعة ٥) من الإجارة ، فيدفع الأضعف .

أما إذا أجر المستأجِرُ الدارَ المستأجرةَ من المالك : صَحّ على الظاهر [٦] .

وعلى قولنا : ملكُ العينِ والإجارة لا يجتمعان ، لا يصحّ أصلاً .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإنها تحدث » .

(٢) في (ب) : « فتعود » .

(٣) الذي في الروضة : القطع بالصحة دون خلاف . انظر : روضة الطالبين : (٢٥٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦٠/٢) .

(٤) انظر : إيضاح الأغاليط : (ق ١٨ / أ) .

(٥) في (أ) : « الإفادة » .

(٦) هذا هو الصحيح المنصوص . انظر : الروضة : (٢٥٣/٥) .



كتاب الجعالة



وهي معاملة صحيحة ؛ لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ (1) .

ولما رُوي أن قومًا من أصحابه ﷺ نزلوا بحيٍّ من أحياء العرب ، فَلُدغَ سيدُهم ، فالتمسوا منهم رُقيةً ، فأبوا إلّا بِجُعْلٍ (2) ، فجعلوا (3) لهم قطيعًا من الشاة ، ومضى إليهم واحدٌ وقرأ أُمَّ القرآن وتفل (4) فيه بلعابه ، فبرئ فَسَلَّمَ القطيع ، فقالوا : لا نأخذ حتى نسأل رسول الله ﷺ فحكي (5 ذلك له 5) ، فضحك وقال (6) : « ما أدراك أنها (7) رُقْيةٌ ؛ خُذُوها واضربوا لي فيها بِسَهْمٍ » (8) .

ويتأيد ذلك (9) بالحاجة ؛ إذ قد تَمَسُّ الحاجة إلى ذلك في ردِّ عبدٍ آبق أو (10) ضالّةٍ ، وما لا يدرى من الذي تعذر عليه (11) .

---

(1) سورة يوسف ، آية : ٧٢ .

(2) في (أ) : « يجعلوا » .

(3) في (أ) : « فجعل » .

(4) في (أ) : « تفل » .

(5) في (أ) : « لهم ذلك » .

(6) في (ب) : « فقال » .

(7) في الأصل ونسخة (ب) : « إنه » ، والمثبت من (أ) .

(8) الحديث أخرجه البخاري : (٦٧٠/٨) (٦٦) كتاب فضائل القرآن (٩) باب فضل فاتحة الكتاب (٥٠٠٧) ، ومسلم : (١٧٢٧/٤) (٣٩) كتاب السلام (٢٣) باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار (٢٢٠١) ، وأبو داود : (١٣/٤) كتاب الطب - باب كيف الرقى ؟ (٣٩٠٠) ، والترمذي : (٤/ ٣٤٨) (٢٩) كتاب الطب (٢٠) باب ما جاء في أخذ الأجر على التعويذ (٢٠٦٣) ، وابن ماجه : (٧٢٩/٢) (١٢) كتاب التجارات (٧) باب أجر الراقي (٢١٥٦) . وراجع : التلخيص الحبير : (٦١/٣) حديث (١٢٨٩) .

(9) في (أ) : « أيضًا » .

(10) في الأصل ونسخة (ب) : « و » ، والمثبت من (أ) .

(11) في (أ) زيادة كلمة : « الناس » ، ولم نُثبتها حتى يَسْتقيم المعني ، والأولى أن تكون : « من الناس » .

والنظر في أحكامها وأركانها . أما الأركان فأربعة :

الركن [1] الأول : الصيغة : وهي [2] قول المستعمل : مَنْ رَدَّ عبديَ الآبقَ أو ضالتي ، أو عمل العمل الذي يريده مما يجوز فعله ويستباح [3] ، فله دينار أو ما يريد : صَحَّ العقد ، ولم يُشْترط القبول لفظًا ، [4] بل اكل من [4] سمعه اشترك في حكمه ، فمن قام بالعمل استحق .

ولو لم يصدر منه لفظٌ ، فردَّ إنسانٌ عَبْدَه الآبقَ ، أو عمل [له عملًا] [5] لم يستحق شيئًا ؛ لأنه مُتَبرِّع .

ولو قال : رُدّ عبدي ، ولم يقطع له أجرة ، فردَّ ، ففي استحقاقه ما ذكرناه في استعمال [6] القصار والدَّلاك [7] والمزين [8] .

وكذا [9] إذا نادى ، ولكن رَدَّ العبد مَنْ لم يسمع نداءَه ، فلا [10] يستحق شيئًا ؛ لأن النداء [11] يتناول مَنْ سمع ، وهو قَصَدَ التبرعَ به .

وكذا [12] الفضولي إذا كذب وقال : قال فلان : مَنْ ردّ عبدي فله دينار ، فردَّه إنسان [13] لا يستحق ، لا على المالك ولا على الفضولي .

ولو قال : مَنْ ردّ عبدَ فلانٍ فله دينار [13] وَجَب على الفضولي ؛ لأنه ضمنه بقوله .

---

(١) كلمة : « الركن » ليست في (أ) .
(٢) في (أ) : « وهو » .
(٣) في (ب) : « أو يُستباح » .
(٤) في (ب) : « بل كل من قال » .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) في (ب) : « استحقاق » .
(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « الدَّلال » ، والمثبت من (أ) .
(٨) الأصح - وهو المنصوص - : أنه لا أُجرة له . انظر : الروضة : (٢٣٠/٥ ، ٢٦٨) ، مغني المحتاج : (٣٥٢/٢، ٤٢٩) .
(٩) في (أ) : « وكذلك » .
(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .
(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « الخطاب » ، والمثبت من (أ) .
(١٢) في (أ) : « وكذلك » .
(١٣) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

الركن الثاني : العاقد :

ولا يُشْترط في الجاعل إلا أهلية الاستئجار ، [1] ولا في المجعول له [1] إلا أهلية العمل ، ولا يُشْترط التعيين ؛ إذ يخالف اشتراطُ تعيينِ الشخص مصلحةَ العقد .

الركن [2] الثالث : العمل :

وهو كلُّ ما يجوز الاستئجار عليه ، ولكن لا يُشْترط كونه معلومًا ، فإنَّ رَدَّ الآبقِ لا يَنْضبط العملُ فيه ، وكان [3] ينقدح أن يشترط كون العمل مجهولًا ، ولا يتقدر كالمضاربة ، ولكن قطع العراقيون بأنه لو [4] قال : مَنْ [5] بَنَي حائطي أو خاط ثوبي فله كذا ، أن ذلك لا يجوز .

وكذا إذا قال : أولُ مَنْ يحج [6] عني فله دينار ، استحق الدينار ، هذا [7] رواه المزني عن الشافعي - رضي الله عنه - / في المنثور ، ثم قال المزني : ينبغي أن يستحق ١٢١/أ أجرة [8] المثل ؛ لأنه إجارةٌ ، فلا يصح بغير تعيين .

وهذا يدل على أن المزني اعتقد اختصاصَ الجعالة بالمجهول الذي لا يُسْتأجر عليه . وقد نسب العراقيون المزنيَّ إلى الغلط فيه ، وقالوا : هذه جعالةٌ .

الركن الرابع : الجُعْل :

وشَرْطُه : أن يكون مالًا معلومًا ، فلو [9] شرط مجهولًا فسد ، واستحق العاملُ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « وفي المجعول » ، والمثبت من (أ) .

(٢) كلمة : « الركن » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فكان » .

(٤) في (أ) : « لمن » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « متى » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « حج » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « هكذا » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « أجر » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « ولو » ، والمثبت من (أ) .

أجرةَ المثل ، كما في المضاربة الفاسدة .

فروع ثلاثة :

أحدها : لو قال : مَنْ ردَّ عبدي من البصرة فله دينار ، وهو ببغداد ، فردَّه [١] من نصف الطريق ، استحق نصفَ الدينار .

ومن الثلثِ : الثلث : لأنه قَدْرُ المسافةِ .

وإن رد من مكان [٢] أبعد لم يستحقَّ للزيادة شيئًا ؛ لأنه لم يشترط عليه شيئًا [٣] .

الثاني [٤] : إذا قال : مَنْ ردَّ [عبدي] [٥] فله دينارٌ ، فاشترك في رَدِّه اثنان ، اشتركا في الجعل .

وإن عينَّ شخصًا وقال : إنْ رددتَ فلك دينار ، فشاركه غيره وقال : قصدتُ معاونةَ العامل ، استحق العاملُ الدينارَ ، وإن قال : قصدت المساهمة فللعاملِ نصف الدينار [٦] ، ولا شيء [٧] للمعين ؛ فإنه لم يُشْرط [٨] له شيء .

الثالث : إذا قال لأحدهما : إنْ رددتَ عبدي فلله دينار ، وقال لآخر : إن رددت فلك دينار ، فاشتركا فلكل [٩] واحد نصف ما شرط له . وإن [١٠] شرط لأحدهما دينارًا ، وللآخر ثوبًا مجهولًا . فاشتركا ، استحق مَنْ شرط له الدينار نصفَه ، وللآخرِ [١١] نصفُ أجرة المثل .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فردَّ » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « طريق » .

(٣) في (أ) : « شيء » .

(٤) كلمة : « الثاني » ليست في (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « دينار » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « يُشترط » .

(٨) في (أ) : « يُشترط » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « فكُل » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (ب) : « فإن » .

(١١) الأصل ونسخة (ب) : « والآخر » ، والمثبت من (أ) .

أما أحكامها فأربعة :

الأول : أنه جائز من الجانبين ، كالمضاربة ؛ إذ لا يليق بها اللزوم ، ثم إنْ فسخه المالكُ (1 قبل العمل 1) انفسخ .

وإن كان بعد الشروع في العمل وقبل الفراغ انفسخ ولزمه أجرةُ المثل .

وإن كان بعد الفراغ من العمل فلا معنى للفسخ .

الثاني : جواز الزيادة والنقصان :

فلو قال : مَنْ ردَّ عبدي فله عشرةٌ . ثم قال : مَنْ رَدَّ عبدي فله دينار ، فمن ردَّه استحق الدينار ، وكذا على العكس ، والاعتبارُ بالأخيرِ .

فإن لم يسمع العاملُ النداءَ الناقصَ الأخيرَ ، فينقدح أن يقال : يرجع إلى أجرة المثل

الثالث : أنّ العامل لا يستحق شيئًا إلا بالفراغ من [2] العمل ، فلو ردّ العبد إلى باب داره ، فهرب أو مات قبل التسليم لم يَسْتحقّ شيئًا ؛ لأن المقصودَ قد فات ، وهو الردّ .

الرابع : لو تنازعا في أصل شَرْط الجُعْلِ ، فأنكره المالكُ ، أو في عَيْنِ عبدٍ ، فأنكر المالك الشرط فيه ، وقال : إنه شَرَطَ في عبدٍ غيرِه ، أو أنكر المالكُ سَعْيَه في الردّ ، وقال : رَجَع العبدُ بنفسه : فالقول في ذلك كلِّه قولُ المالك ، فإن العامل مُدَّعٍ ، فَلْيُثْبِتْ .

وإن اختلفا في مقدار المشروط ، تحالفا ، ورجع إلى أجرة المثل كما في الإجارة .

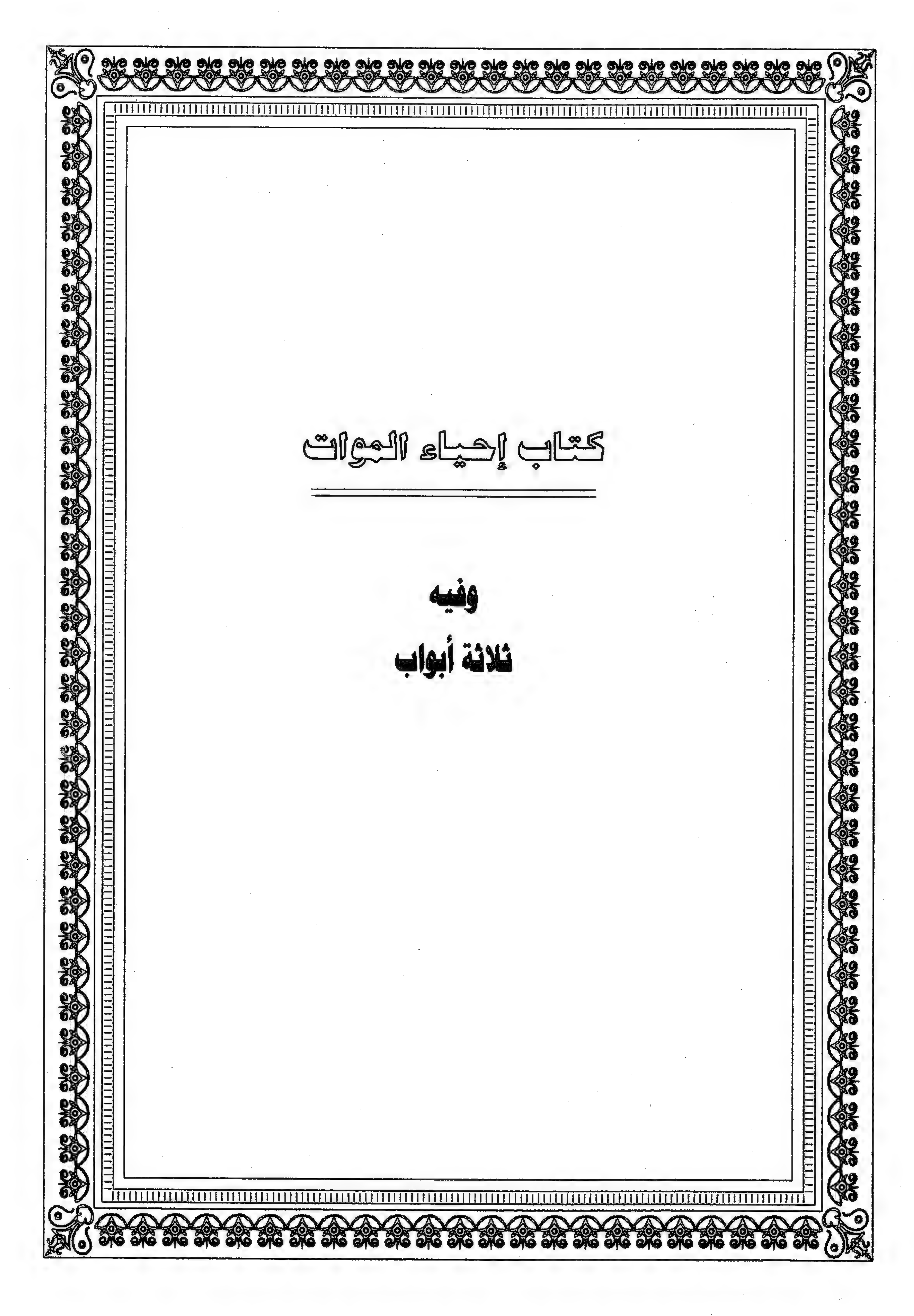
* * *

---

(1) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(2) في الأصل ونسخة (ب) : « عن » ، والمثبت من (أ) .





كتاب إحياء الموات

وفيه

ثلاثة أبواب



الباب الأول : في تملك الأراضي

وفيه فصلان :

الأول : فيما يُمْلك من الأراضي بالإحياء ، وهي [١] الموات .

قال ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أرضًا ميتةً فهي له » [٢] .

والموات : هي [٣] الأرضُ المنفكة عن الاختصاصاتِ .

والاختصاصات ستة أنواع :

[النوع] [٤] الأول : العمارة : فكل أرض معمورة فهي محياة ، فلا تُتَملك بالإحياء ، سواء كان [ذلك] [٥] من دار الإسلام أو دار الحرب .

وإن [٦] اندرست العمارةُ وبقي أَثَرُها ، فإن كان من عمارة الإسلام فلا تُملك ؛ لأنه موروث عمَّن مَلكَه ، فَيُنْتظر صاحبُه أو يُحفظ لبيت المال ، [٧ ويتصرف الإمامُ فيه ٧] ،

---

(١) في (أ) : « وهو » .

(٢) الحديث أخرجه البخاري من قول عمر - رضي الله عنه - في ترجمة الباب ، وأخرج عن النبي ﷺ قوله : « من أعمر أرضًا ليست لأحد فهو أحقّ » (٢٣/٥) (٤١) كتاب الحرث والزراعة (١٥) باب من أحيا أرضًا مواتًا (٢٣٣٥) ، وأخرجه أبو داود : (١٧٥/٣) ( ) كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في إحياء الموات (٣٠٧٣) ، والترمذي : (٦٦٢/٣) (١٣) كتاب الأحكام (٣٨) باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (١٣٧٨) ، (١٣٧٩) ، ومالك في الموطأ : (٥٧٠/٢) (٣٦) كتاب الأقضية (٢٤) باب القضاء في عمارة الموات (٢٦ ، ٢٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١٤١/٦ ، ١٤٢) كتاب إحياء الموات - باب من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له ، ومعرفة السنن والآثار : (٩٥٧/٩) حديث رقم : (١٢١٧١ ، ١٢١٧٢ ، ١٢١٧٣ ، ١٢١٧٤) . وراجع : التلخيص الحبير : (٦٠/٣) حديث : (١٢٩١) .

(٣) في (أ) : « هو » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) :« فإن » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « ويتصرف فيه الإمام » .

كما يتصرف في مال ضائعٍ لا يتعينّ مالكه .

وإن كان من عمارات الجاهلية ، وعُلِمَ وجهُ دخولها في يد المسلمين ، إما بطريق الاغتنام أو الفيء ، اسْتُصْحِبَ ذلك الحكم ، ولم تُتملك بالإحياء ، وإن وقع اليأسُ عن معرفته ، فقولان :

أحدهما : يتملك ؛ إذ لا حُرْمَةَ لعمارة الكفار ، فصار كَرِكازهم [١] .

والثاني : لا ؛ لأنه دخل في يد أهل الإسلام ، فالأصلُ سَبْقُ ملكٍ عليه ، وأما [٢] الركاز فحكمه حكم لقطةٍ مُعَرَّضةٍ للضياع .

هذا حكم دار الإسلام . أما دار الحرب فمعمورها كسائرِ أموالهم يُمَلَّك [٣] بالاغتنام .

وأما مواتها ، فما لا يدفعون المسلمين [٤] عنها فهو كموات دار الإسلام يُتملك بالإحياء ، ويُفَارقها في أمر ، وهو أن الكافر لو أحياها مَلَكَها .

ولو أحيا موات دار الإسلام [٥] لم يملكها [٦] عندنا خلافًا لأبي حنيفة – رحمه الله – [٧] ؛ لأن لأهل الإسلام اختصاصًا بحكم الإضافة إلى الدار .

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٢٧٩/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦٢/٢ ، ٣٦٣) ، نهاية المحتاج : (٣٣٣/٥ ، ٣٣٤) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « فأمّا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « تملّك » .

(٤) في (أ) : « الإسلام » .

(٥) في (ب) : « المسلمين » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « يتملك » ، والمثبت من (أ) .

(٧) **مذهب الشافعية** : أنّ أرض بلاد الكفار إذا لم تكن معمورةً في الحال ، ولا من قبل ، فإن الكفار يتملكونها بالإحياء ، أما أرض بلاد الإسلام ، فإن أحياها الذمي بغير إذن الإمام لم يملك قطعًا ، ولو أحيا بإذنه لم يملك أيضًا على الأصح .

ومذهب الحنفية : أن الكافر يتملك أرض بلاد الكفار بالإحياء ، وكذلك يتملك أرض بلاد الإسلام ، ولكن يُشترط في ذلك إذنُ الإمام . انظر : روضة الطالبين : (٢٧٨/٥ ، ٢٨٠) ، مغني المحتاج : (٣٦٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٢/٥) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤٣٦/٤) ، الاختيار لتعليل المختار : (٦٦/٣) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٧٠/٢) .

أما ما يدفعون [1] المسلمين عنه ، فلو أحياها مسلمٌ وقدر على الإقامة ملكه ، وإن استولى عليها بعضُ الغانمين ، وقصدوا الاختصاص بها ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يفيدهم الاختصاص بالاستيلاء ما يفيد التحجر ، كما سيأتي [2] .

والثاني : أنه يفيدهم الملك في الحال ؛ لأن مال الكفار يُمْلك بالاستيلاء .

والثالث : أنه لا يُفيد الملكَ ؛ لأنه ليس ملكَ الكفارِ ، وإنما هو مواتٌ ، ولا اختصاص لأنه لا يحجر [3] ، وإنما هو مجردُ يدٍ ، فهو كمجرد الاستيلاء على موات دار الإسلام .

النوع الثاني من الاختصاص : أن يكون حريمَ عمارةٍ . فيختص به صاحبُ العمارة ، ولا [4] يملك بالإحياء .

فإن قيل : وما حَدُّ الحريم ؟

قلنا : أما البلدة التي قررنا الكفار عليها بالمصالحة ، فما حواليها من الموات التي [5] (6 يدفعون المسلمين 6) عنها لا تُحْيَا وفاءً بالصلح ، فإنها حريمُ البلدة .

وأما القرية المعمورة في الإسلام ، فما يتصل بها من مرتكض الخيل ، وملعب الصبيان ، ومناخ الإبل ، ومجتمع النادي [فهو] [7] حريمها ، فليس لغيرهم إحياؤها .

وما ينتشر [8] إليه البهائم للرعي في وقت الخوف / ، وهو على قُرْب القرية ، فيه تردد [9] . ١٢١/ب

أما الدار : فحريمها إذا (10 كانت محفوفة 10) بالموات : مطرح التراب والثلج ،

---

(١) في (أ) : « يدفع » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة (٥/٢٨٠) .

(٣) في (ب) : « تحجر » .

(٤) في (أ) : « فلا » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « الذي » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « يدفع المسلمون » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « ينشر » .

(٩) الأصح عند الإمام أنه ليس بحريم . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٨٢) .

(١٠) الأصل ونسخة (ب) : « كان محفوفًا » ، والمثبت من (أ) .

ومصب ماء الميزاب [١] ، وفناء الدار ، وحقّ الاجتياز في جهة فتح الباب .

وإن [٢ كانت محفوفة ٢] بالأملاك فلا حريم لها ؛ لأن الأملاك متعارضةٌ ، فليس بعضها [بأن] [٣] يُجْعَل حريمًا [٤] لها أولى من الآخر ، ولكل واحدٍ أن ينتفع في ملكه بما جَرَت به العادةُ .

وإن [٥] تضرر به صاحبُه فلا يمنع إلا إذا كانت العادةُ السكونَ .

[٦ ولو اتخذ ٦] أحدهما داره مدبغة أو حمامًا ، أو حانوتَ قصارٍ [٧] أو [٨] حدّادٍ :

قال المراوزة : يُمْنع [٩] ؛ نظرًا إلى العادة القديمة .

و [١٠] قال العراقيون : إذا أحكم الجدران واحتاط على العادة ، لا يُمْنع [١١] .

وتردد الشيخ أبو محمد فيما إذا كان يؤذي بدخان الخبز وجَعَلَه مخبزًا [١٢ على خلاف ١٢] العادة ؛ لأن هذا إيذاءُ المالك لا إيذاء الملك ، [١٣ وحاصله .... ولا يمنع .....لا تمنع ومع ...... ١٣] .

---

(١) في (أ) : « الميرزاب » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « كان محفوفًا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « حريم » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « فاتخذ » .

(٧) في (ب) : « قصارًا » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « وحداد » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « يمتنع » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) حرف : « و » ليس في (أ) .

(١١) قول العراقيين هو الأصح . انظر : الروضة : (٢٨٥/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٧/٥ ، ٣٣٨) .

(١٢) في (أ) ، (ب) : « بخلاف » .

(١٣) هكذا في هامش الأصل .

أما البئر : فإن حفرها في الموات للنزح فموقفُ النازحِ [١] حواليها حريمُها [١] ، وإن كان النزح بالدواب فموضعُ ترددِ الدواب ، وعلى الجملة : ما يتم الانتفاع .

ولو [٢] حفر آخرُ بئرًا بجنبه بحيث ينقص ماؤها [٣] لم يجز . بل حريمها [٤] القدر الذي يصون ماءها [٥] وكأنه استحق [٦] بالحفر .

وفي طريقة العراق : القطع بأنه يجوز .

والأول أظهر [٧] ، فإنه لو أحيا دارًا في مواتٍ فليس لآخر [٨] أن يحفر بجنب جداره بئرًا يتوهم الإضرار بجداره ، وإن كان ذلك يجوز للجار المالك ، ولكن وضع البناء في الموات أوجب حريمًا لصيانة الملك ، فكذلك [٩] لصيانة ماء البئر .

النوع الثالث : اختصاص المسلمين بعرفة لأجل الوقوف . وفي امتناع إحياء عرفة به [١٠] ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يمتنع [١١] ؛ إذ لا تضْييق به .

والثاني : يمتنع ؛ إذ فتح بابه يُؤدي إلى التضييق .

---

(١) في (أ) : « حواليه حريمه » .

(٢) في (أ) : « فلو » .

(٣) في (أ) : « ماؤه » .

(٤) في (أ) : « حريمه » .

(٥) في (أ) : « ماءه » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « استحق » ، والمثبت من (أ) .

(٧) وفي الروضة أنه الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢٨٤/٥) ، مغني المحتاج : (٣٦٤/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٣٦/٥) .

(٨) في (أ) : « الآخر » .

(٩) في (أ) : « وكذلك » .

(١٠) قوله : « به » ليس في (أ) .

(١١) في (أ) : « يمنع » .

والثالث : يجوز وإنْ ضيّق ، ثم يبقى في الدور حقّ الوقوف [1] .

النوع الرابع : اختصاص المتحجر :

ومَنْ تقدم إلى موضع ونصب حجارةً ، وعلاماتٍ للعمارة ، اختص به بحق [2] السَّبْق ، بشرط [3] أن يشتغل بالعمارة .

فلو تحجر ليعمر [4] في السنة الثانية لم يَجُزْ ، ومهما جاز التحجر [و] [5] منع غيره من الإحياء ، فإن أحيا فهل يملك ؟ ثلاثة أوجه :

أحدها : نعم ؛ لأنه سبب قوي ، والتحجر ضعيفٌ ، فكان كالبيع سومًا على سوم غيره [6] .

والثاني : لا ؛ لأنه اختصاصٌ مؤكد .

والثالث : أن التحجر إن كان مع الإقطاع منع ، وإلا فلا .

وهل يجوز للمتحجر بَيْعُ حقِّه من الاختصاص والاعتياضُ عنه ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : يجوز كالملك .

---

(١) قال في الروضة : « وهل تُملك أرضُ عرفات بالإحياء كسائر البقاع ، أم لا ، لتعلق حقِّ الوقوف بها ؟ وجهان . إن قلنا : تُملك ، ففي بقاء حق الوقوف فيما مُلِكَ وجهان .

إن قلنا : يبقى ، فذاك مع اتساع الباقي ؟ أم بشرط ضيقه على الحجيج ؟ وجهان .

واختار الغزالي الفرقَ بين أن يَضيق الموقفُ فَيُمْنَع ، أَوْ لا فلا . والأصح : المنع مطلقًا ، وهو أشبهُ بالمذهب ، وبه قطع المتولي ، وشبّهها بما تعلّق به حقُّ المسلمين عمومًا وخصوصًا ، كالمساجد والطُرق والرباطات ، ومصلَّى العيد خارج البلد » . انظر : روضة الطالبين : (٢٨٦/٥) .

(٢) في (أ) : « لحق » . (٣) في (أ) : « ويشترط » .

(٤) كلمة : « ليعمر » ليست في (أ) . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) هذا الوجه هو الأصح المنصوص كما في الروضة : (٢٨٧/٥ ، ٢٨٨) ، مغني المحتاج : (٣٦٧/٢) ، نهاية المحتاج : (٢٤٠/٥ ، ٣٤١) .

والثاني : لا ، كحقّ الشفعة وحق الرهن [1] .

النوع الخامس من [الاختصاص] [2] : الإقطاع :

ويجوز للإمام أن يقطع مواتًا على قدر [ما] [3] يقدر المُقْطَع على عمارته ، ويُنَزَّل الإقطاعُ منزلةَ التحجر في الاختصاص .

النوع السادس : الحِمَىٰ .

وهو [4] كان جائزًا [4] لرسول الله ﷺ . وهو أن يحمي الكلأ [5] ببقعة لإبل الصدقة .

وكان يجوز لرسول الله ﷺ أن يحمي لنفسه وللمسلمين [6] .

وهل يجوز للإمام بعده ؟ فيه خلاف .

والصحيح الجواز [7] ؛ إذ حمى عمرُ - رضي الله عنه - لإبل المسلمين [8] .

---

(١) قال في الروضة : « لو باع المتحجر ما تحجره ، وقلنا بالصحيح : إنه لا يملك ، لم يصح بيعه عند الجمهور . وقال أبو إسحاق وغيره : يصح » . انظر : روضة الطالبين : (٢٨٨/٥) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٦٦، ٣٦٧) ، نهاية المحتاج : (٣٤٠/٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « وهو جائز » .

(٥) في (ب) : « للكلأ » .

(٦) انظر صحيح البخاري : (٥٤/٥) (٤٢) كتاب الشرب والمساقاة (١١) باب لا حِمَى إلا لله ولرسوله ﷺ (٢٣٧٠) ، وأبو داود : (١٧٧/٣) كتاب الخراج والإمارة والفيء - باب في الأرض يحميها الإمامُ أو الرجلُ (٣٠٨٣ ، ٣٠٨٤) ، وأحمد في مسنده : (٧١/٤) ، والشافعي في الأم : (٢٧٠/٣) كتاب البيوع - باب من قال : لا حمى إلا حمى من الأرض الموات ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١٤٦/٦) كتاب إحياء الموات - باب ما جاء في الحمى ، ومعرفة السنن والآثار : (١٣/٩ ، ١٤) . حديث رقم : (١٢١٩٠ ، ١٢١٩١) .

(٧) وفي الروضة : أن الأظهر الجواز . انظر : روضة الطالبين : (٢٩٢/٥ ، ٢٩٣) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٦٩) ، نهاية المحتاج : (٣٤٢/٥) .

(٨) قول : « حمى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لإبل المسلمين » انظر في ذلك :صحيح البخاري : (٥٤/٥) (٤٢) كتاب الشرب والمساقاة (١١) لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ (٢٣٧٠) عن الصعب =

ولكن لا يجوز أن يحمي الإمامُ [1] لنفسه ، وإنما كان ذلك خاصية رسول الله ﷺ . فإذا صح الحمى ، فإحياؤه كالإحياء بعد التحجر .

فرع : ما حماه رسول الله ﷺ لحاجة ، أو حماه غيره ، فزالت الحاجةُ ، فهل لأحدٍ بعد ذلك نقضُه ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ؛ لأنها [2] بقعةٌ أُرْصدت لخيرٍ ، فأشبه المسجدَ .

والثاني : نعم ؛ لأنه بني على مصلحة حالية ظنية .

والثالث : أن حمى رسول الله ﷺ فلا [3] يغير وهو حماه بالبقيع [4] ، وهو بلد ليس بالواسع ؛ لأنّ حماه كالنصّ ، وحمى غيره كالاجتهاد [5] .

= ابن جثامة : أن عمر حمى الشرف والربذة و (٦/٢٠٣) (٥٦) كتاب الجهاد والسير (١٨٠) باب إذا أسلم قوم في دار الحرب ولهم مالٌ وأرضون فهى لهم (٣٠٥٩) ، ومالك في الموطأ : (٢/٧٦٦) (٦٠) كتاب دعوة المظلوم (١) باب ما يُتَّقَى من دعوة المظلوم (١) ، والشافعي في الأم : (٣/٢٧١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦/١٤٦ ، ١٤٧) كتاب إحياء الموات – باب ما جاء في الحمى ، ومعرفة السنن والآثار : (٩/ ١٤، ١٥) حديث رقم : (١٢١٩١ ، ١٢١٩٧ ، ١٢١٩٨) .

(١) كلمة : « الإمام » ليست في (أ) . (٢) في (أ) : « لأنه » .

(٣) في (أ) : « لا » . (٤) سبق تخريجه قريبًا .

(٥) قال في الروضة : « ثم ما حماه رسولُ الله ﷺ نَصٌّ ، فلا يُنقض ولا يُغَيَّر بحال ، هذا هو المذهب .

وقيل : إن بقيت الحاجةُ التي حمى لها لم يُغير . وإن زالت فوجهان :

أصحهما : المنع ؛ لأنه تغييرُ المقطوع بصحته باجتهاد .

أما حمى غيره ﷺ : فإذا ظهرت المصلحةُ في تغييره جاز نقضُه وردُّه إلى ما كان على الأظهر ؛ رعايةً للمصلحة . وفي قول : لا يجوز كالمقبرة والمسجد . وقيل : يجوز للحامي نقضُ حماه ، ولا يجوز لمن بعده من الأئمة » . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٩٣) .

الفصل الثاني

في كيفية الإحياء

والرجوع في حَدّه إلى العرف ، ويختلف ذلك باختلاف الغرض ، فإن أحيا بقعةً للزريبة ، فيكفيه التحويطُ وتغليقُ الباب ، ولا يملك قبله ؛ إذ به تصير [١] زريبة .

وإن [٢] أراد السكون فبالبناء [٣] وتسقيف البعض ؛ إذ به يتهيأ للسكون [٤] .

وإن أراد بستانًا ، فَبِسَوْقِ [٥] الماء إليه وتسوية الأنهار ، [٦] والتحويط وتغليق [٦] الباب .

وإن كان من البطائح ، فيحبس الماء عنه ، فإنه العادة [٧] .

وإن أراد مزرعةً ، فيقلب الأرض ويُسَوِّيها ، ويجمع حواليها الترابَ ، ويسوق إليها الماء . وهل يفتقر إلى الزراعة ليملك ؟ فيه وجهان :

ظاهرُ ما نقلَه المزني : أنه يشترط كالتسقيف في البناء [٨] .

والثاني : لا ؛ لأن هذا انتفاع ، ووِزَانُه من الدار السكونُ ، ولا يحتاج إلى بناء الجدار للمزرعة [٩] [١٠] .

---

(١) في (أ) : « يصير » .

(٢) في (أ) : « وإذا » .

(٣) في (أ) : « فالبناء » .

(٤) في (أ) : « السكون » .

(٥) في (ب) : « فيسوق » .

(٦) في (أ) : « ويحوط ويغلق » .

(٧) في (أ) : « مُعتاد » .

(٨) انظر مختصر المزني : (٣/١٠٧ ، ١٠٨) .

(٩) في (أ) : « للزراعة » .

(١٠) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٢٩٠) ، مغني المحتاج : (٢/٣٦٦) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٤٠) .

قال إمامي – رضي الله عنه – : يحتمل أن يقال : ما تملك به الأرض إذا قصد الزراعة فيملك أيضًا ، وإن قصد البستان ، وما تملك (1 به الزريبة 1) يملك به (2) المسكن ، وإنّ القصد لا يغير أمره .

ومن أحيا أرضًا [ميتة] (3) بغير إذن الإمام ملكها (4) عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله (5) .

* * *

(1) في (أ) : « الزريبة به » .

(2) قوله : « به » ليس في (أ) .

(3) زيادة من (أ) .

(4) في الأصل ونسخة (ب) : « ملكه » ، والمثبت من (أ) .

(5) **مذهب الشافعية** : أنّ من أحيا أرضًا ميتةً ملكَها ، سواءٌ أَذِنَ الإمامُ أم لم يأذن ، وهو مذهب أبي يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إن أحياها بغير إذن الإمام لم يمكلها . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٧٨) ، مغني المحتاج : (٢/٣٦١) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٣١) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٤/٤٣٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣/٦٦) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/١٦٩) .

الباب الثاني : في المنافع المشتركة في البقاع

وهي كالشوارع [١] والمساجد والرباطات والمدارس ، فإن هذه الأراضي لا تُمْلك أصلًا ؛ إذ [٢] ثبت في كل واحدٍ منها نوعُ اختصاصٍ .

فالشوارع [٣] للاستطراق وهو مستحق لكافةِ الخَلْق في الصحاري والبلاد .

نعم ، يجوز الجلوس فيها بشرط أن لا يُضَيِّقَ الطريقَ على المجتازين .

ومَنْ سبق إلى موضع / فجلس فيه ، إن لم يجلس لغرضٍ ، فكما قام انقطع حقُّه . ١٢٢/أ وإن جلس لبيعٍ كالمقاعد في الأسواق ، اختصَّ السابقُ به ، ولو انصرف إلى بيته ليلًا [٤] وتخلف بعذر [٤] يومًا و [٥] يومين ، ولم ينقطع اختصاصُه ؛ إذ ألافُه في المعاملة لا ينقطعون بهذا القدر .

ولو طال سفره أو [٦] مرضُه أو جلس في موضع آخر أو غير ذلك مما يقطع ألافَه عن مكانه ، فينقطع به اختصاصه .

ولو جلس في غيبته في المدة القصيرة مَنْ عزم على التسليم له [٧] إذا عاد ، فقد قيل : إنه يمنع ، إذ يَتَخَيَّلُ به [٨] ألّافُه تَرْكَه الحرفةَ .

وقيل : إنه لا يمنع ؛ لأن الموضعَ فارغٌ في الحال ، فلا يعطل [٩] مَنْفَعته [١٠] ولا يحتاج إلى إذن الإمام في هذا الاختصاص .

---

(١) في (أ) : « الشوارع » .

(٢) في (أ) : « إذا » .

(٣) في (أ) : « والشوارع » .

(٤) في (أ) : « أو تخلف لعذر » .

(٥) في (أ) : « أو » .

(٦) في (أ) : « ومرضه » .

(٧) في (أ) : « إليه » .

(٨) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « تعطل » .

(١٠) هذا هو الأصح إن كان وجود الجالس لمعاملة ، فإن كان لغير معاملة لم يُمْنع قطعًا . انظر : روضة الطالبين : (٥/٢٩٥) ، مغني المحتاج : (٢/٣٧٠) .

وهل للإقطاع فيه مدخل كما في الموات ؟ فعلى وجهين [١] :

والفرق : أنه إذا كان لا يبغي به ملكًا [٢] فلا وزن له ، فهو كالسبق في المساجد .

وأما المساجد : فمن سبق إلى موضع للصلاة ، لا يثبت له حق الاختصاص في صلاة أخرى ، إذ لا غرض فيه .

ولو غاب في صلاة واحدة بعذر رعافٍ ، أو ريحٍ ، أو تجديدِ وضوءٍ ، في متسع الوقت وعادَ [٣] ، ففي بقاء اختصاصه وجهان :

ووجه البقاء قوله - عليه السلام - : « إذا قام أحدُكم من مجلسه - في [٤] المسجد - فهو أحقُّ به إذا عاد إليه [٥] » [٦] .

وإن جلس لِيُقْرَأَ عليه القرآن ، أو يُتَعَلَّم منه العلمُ وأَلِفَه أصحابُه ، ثم [٧] فارقه [٨] ،

---

(١) أصح هذين الوجهين عند الجمهور ، وهو المنصوص : أن لإقطاعِ الإمامِ فيه مدخلٌ . انظر : روضة الطالبين : (٢٩٥/٥) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « ملك » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (ب) : « فعاد » .

(٤) في (أ) : « من » .

(٥) أخرجه مسلم بلفظ : « إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به » (١٧١٥/٤) (٣٩) كتاب السلام (١٢) باب إذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به ، وأبو داود : (٢٦٥/٤) كتاب الأدب - باب إذا قام من مجلس ثم رجع (٣٨٥٣) ، والترمذي : (٨٣/٥) (٤٤) كتاب الأدب (١٠) ماجاء إذا قام الرجل من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به (٢٧٥١) ، وابن ماجه : (١٢٢٤/٢) (٣٣) كتاب الأدب (٢٢) باب من قام عن مجلس فرجع فهو أحق به (٣٧١٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١٥١/٦) كتاب إحياء الموات - باب ما جاء في مقاعد الأسواق وغيرها . وراجع التلخيص الحبير : (٦٤/٣) حديث رقم : (١٣٠٢) .

(٦) وهذا الوجه هو الصحيح للحديث . انظر : روضة الطالبين : (٢٩٧/٥) ، مغني المحتاج : (٣٧٠/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٤٧/٥) .

(٧) في (أ) : « ثمة » .

(٨) قوله : « فارقه » ليس في (أ) .

فهذا يَظْهر إلحاقُه بمقاعد الأسواق .

وأما [١] الرباطات والمدارس : فالسابق إلى بيتٍ أولى به .

وإن [٢] غاب بعذرٍ ، فإذا عاد فهو أولى به ، لوقوعِ الإلف بوجه الارتفاق بالبقعة بخلاف المساجد .

ولو طال مقام واحد ، إن كان له غرض كما في المدارس فلا يزعج إلى تمام الغرض .

وإن [٣] لم يكن للغرضِ مَرَدّ ، كرباط الصوفية ، ففي إزعاجه وجهان :

ووجه الجواز : أنه يؤدي إلى أنْ يتملك الرباط [٤] ويبطل الاشتراك منه [٥] ، فيتقدم إليها جماعة ويقيمون فيها على الدوام ، [٦] وإن جوزنا [٦] ذلك فالرأي في تفصيل مدة الإقامة إلى المتولِّي ، وهو جارٍ في العكوف على المعادن ومقاعد الأسواق .

* * *

(١) في (أ) : « فأما » .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « الرباطات » .

(٥) في (أ) : « فيها » .

(٦) في (أ) : « فإن جُوِّز » .

البابُ الثَّالث : في الأعيانِ المُسْتَفَادَةِ مِنَ الأَرْضِ

كالمعادن والمياه :

أما المعادنُ ، فظاهرةٌ وباطنةٌ :

أما الظاهرةُ : كالملح المائي والجبلي ، والنفط ، والمومياء ، والمياه العدة في الأودية ، والعيون ، وأحجار الأرجبة ، والقدور [(١)] ، وكل ما [(٢)] العمل في تحصيله لا في إظهاره : فهذا لا يتطرق إليه اختصاص لا يتحجر ولا يُمْلك بإحياء ولا إقطاع ، لما روي أن أبيض ابن حمال المأربي استقطع رسولَ الله ﷺ مِلْحَ مأرب ، فَهَمَّ بإقطاعه ، فقيل له : يا رسول الله ﷺ إنه كالماء العد ، فقال : « فلا إذًا » [(٣)] .

فلو سبق واحدٌ وحوَّط مثل [(٤)] هذا المعدن ، وبنى وزعم أنه أراد مسكنًا ، فالظاهر أنه لا يملكه ، فإنه احتيالٌ ؛ إذ لا يُقْصَد من هذه البقعةِ المسكنُ [(٥)] .

---

(١) في (أ) : « والقدُر » .　　　(٢) في (أ) : « وكلما » .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود : (١٧١/٣ ، ١٧٢) كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في إقطاع الأرضين (٣٠٦٤) ، والترمذي : (٦٦٤/٣) (١٣) كتاب الأحكام (٣٩) باب ما جاء في القطائع (١٣٨٠) وقال : حديث غريب ، وابن ماجه : (٨٢٧/٢) (١٦) كتاب الرهون (١٧) باب إقطاع الأنهار والعيون (٢٤٧٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (١٤٩/٦) كتاب إحياء الموات - باب ما لا يجوز لقطاعه من المعادن الظاهرة ، ومعرفة السنن والآثار : (٢١/٩) حديث رقم (١٢٢١٩ ، ١٢٢٢٠، ١٢٢٢١ ، ١٢٢٢، ١٢٢٢٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٦٤/٣) حديث رقم : (١٣٠٣) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « بمثل » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « فالظاهرة : هي التي يَبْدو جوهرُها بلا عمل ، وإنما السعي والعمل لتحصيله ، ثم تحصيله قد يَسْهُل ، وقد يكون فيه تَعَبٌ ، وذلك كالنِّفْط وأحجار الرَّحى ، والبِرَام ، والكبريت ، والقطران ، والقار ، والمومياء ، وشبهها ، فلا يملكها أحدٌ بالإحياء والعمارة ، وإن زاد بها النَّيل . ولا يختص بها أيضًا بالتحجر ، وليس للسلطانِ إقطاعُها ، بل هي مشتركةٌ بين الناس كالمياه الجارية ، والكلأ ، والحطب .

ولو حوَّط رجلٌ على هذه المعادن وبنى عليها دارًا أو بستانًا لم يملك البقعةَ ؛ لفسادِ قصدِه . وأشار في « الوسيط » إلى خلاف فيه . والمعروف ، الأول » . انظر : روضة الطالبين : (٣٠١/٥) .

نعم . لكل سابق أن يأخذ قدر حاجته ، لا يزعج قبل قضاء وطره ، إلا إذا طال عكوفُه ، ففيه الخلاف السابق .

فلو تسابق رجلان فتزاحما ، قيل [١] : إنه يُقْرع بينهما [٢] .

وقيل : للقاضي [٣] [أن] [٤] يقدم منهما مَنْ يراه أحوجَ ، وهو جارٍ في مقاعد الأسواق .

فرع : لو حفر بجنب المملحة حفيرةً ، يملك [٥] تلك الحفيرة .

فلو اجتمع فيها [٦] ماءٌ وانعقد ملحًا فهو مخصوص به ، وكأنه [٧] أخذه بيده ووضعه في ظرف مملوكٍ له .

أما المعادن الباطنة : فهي التي تظهر بالعمل عليها ؛ كالذهب والفضة والفيروزج ، وما هو مثبوت في طبقات الأرض ، ففي تملك ذلك بإحيائه بالإظهار بالعمل ، أو [٨] بعمارة أخرى قولان :

أحدهما : نعم ؛ لأن إحياءه إظهارٌ ، فهو كعمارة الموات .

والثاني : لا ؛ إذ تبقى حياة العمارة بالبناء وهذا يحتاج إلى عمل في كل ساعة لينتفع به [٩] .

التفريع : إن قلنا : يملك ، فهو كالموات على ما سبق ، وفيه فروع :

الأول : لو حفر حفيرة [١٠] وظهر النيل في طرفها . لا يقصر [١١] ملكه على محل

---

(١) في (أ) : « فقيل » .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٣٠١/٥) ، مغني المحتاج : (٢٧٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٥٠/٥ ، ٣٥١) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « القاضي » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « ملك » .

(٦) في (أ) : « فيه » .

(٧) في (أ) : « فكأنه » .

(٨) في (أ) : « وبعمارة » .

(٩) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٣٠٢/٥) ، مغني المحتاج : (٣٧٢/٢) ، نهاية المحتاج : (٣٥١/٥) .

(١٠) في (أ) : « بئرًا » .

(١١) في (ب) : « يقتصر » .

النيل ، بل ما حواليه على ما يليق بحريمه ، فلو باع الأرض فالظاهر : المنع ؛ إذِ الرغبةُ فيه بالنيل ، وهو غرر .

والثاني : الجواز ؛ تعويلًا على الرقبة ، والنيل كَدَرِّ الشاة وثمرة الشجرة [1] .

ولو جمع تراب المعدن وفيه الذهب [2] لم يجز البيع [3] ؛ لأن التراب لا يُقْصد بخلاف الرقبة .

الثاني : لو قال لغيره : اعملْ وكلُّ [4] النيلِ لك .

فإن استعمل صيغة الإجارة ، فالظاهر : أنه يستحق أجرة المثل ؛ لأنه إجارة فاسدة ؛ إذ النيل يكون للمالك ولا [5] يصلح أن يُجْعل أجرةً .

وإن [6] قال : أذنت لك أن تعمل لنفسك ، كان النيل للمالك ولم يستحق الأجرة [7] على الظاهر .

وفيه [8] عن ابن سريج وجه : أنه يستحق كما لو شرط في المضاربة كل الربح للعامل [9] .

وإن [10] قال : اعمل ولك النيل ، فوجهان مشهوران لتردده بين صيغة الإذن والإجارة .

أما إذا قال : اعمل على أن لك نصفَ النيل ، فيستحق أجرةَ المثل هاهنا ؛ إذ [11] وُجِدَ قَصْدُ العمل لغيره .

---

(١) في (أ) : « النخلة » .

(٢) في (أ) : « ذهب » .

(٣) في (أ) : « بيعه » .

(٤) في (أ) : « فكُلّ » .

(٥) في (ب) : « فلا » .

(٦) في (أ) : « ولو » .

(٧) في (أ) : « أُجرة » .

(٨) قوله : « وفيه » ليس في (ب) .

(٩) والوجه الذي قاله ابن سريج هو الأصح . انظر الروضة : (٣٠٤/٥) ، مغني المحتاج : (٣٧٣/٢) .

(١٠) في (أ) : « ولو » .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

ولكن قيل : إنه يستحق أجرةَ نصف العمل ؛ لأنه قصد غيره بالنصف . وقيل : إنه يستحق [أُجرة نصف العمل] [(١)] للكل [(٢)] .

أما إذا فرعنا على أنه لا يملك المعادن بالإظهار .

فلو أحيا مواتًا بالبناء ، ثم ظهر بعد ذلك معدن [(٣)] ، فلا خلاف في أنه ملكه [(٤)] ، فإنه من أجزاء الأرض المملوكة إلى تخوم الأرضين .

وعلى قَوْلَيِ الملكِ ينبني جوازُ الإقطاع ، فإن قلنا : يملك بالإظهار تطرق إليه الإقطاعُ كالموات ، وإلا فلا ، كالمعادن الظاهرة .

١٢٢/ب

أما المياه فهي [(٥)] **ثلاثة / أقسام :**

الأول : المياه العامة المنفكة عن كل اختصاص ، وهي التي لم تظهر بالعمل ، ولا حفر نهرها [(٦)] كدجلة [والفرات] [(٧)] ، وسائر [(٨)] أودية العالم [(٨)] : فحكمه [(٩)] أنّ مَنْ سبق إليه واقتطع منه ساقية إلى أرضه وانتفع به ، جاز .

فإن [(١٠)] تنازعا ، وجب على الأسفل الصَّبْرُ [(١١)] إلى أن يسرح إليه الأعلى فَضْلَ مَائِه ، فقد وَرَد فيه الحديثُ .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « الكل » ، والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) : « نيل » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ملك » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قوله : « فهي » ليس في (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « نهرُه » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « الأودية التي في العالم » .

(٩) في (أ) : « فحكمها » .

(١٠) في (أ) : « وإن » .

(١١) في (أ) : « أن يَصبر » .

فإن استوعب جماعةٌ الماءَ بأراضيهم المحياة .

فمن سفل منهم لا حَقَّ له إلا بتبرعهم بالتسريح إليه ، فإذا سقى كل واحدٍ أرضه إلى الكعب كانت الزيادة ممنوعة ؛ لأنه فوق الحاجة ، كذلك ورد الحديث .

فإن أراد واحدٌ أن يعلو عليهم ويحبس عنهم الماء إلى أرضٍ يستجد [١] إحياؤها ، مُنِعَ ؛ لأنهم بالإحياء على شاطيء النهر استحقوا [٢] مرافق الأرض ، والماءُ من مرافقها ، ولو فُتِحَ هذا البابُ لأبطل سعيهم في الإحياء وفاتت أملاكُهم ، فهي كالحريم المستحق بالعمارة .

القسم الثاني : المياه [٣] المختص بالملك بالإحراز في الأواني والروايا : فهو كسائر الأملاك ، لا يجب بَذْلُه لأحدٍ ولا لمضطر إلا بقيمة [٤] . والماء مملوك على الأظهر ، وبيعُه صحيحٌ [٥] .

القسم الثالث : متوسط بين الرتبتين وهو : ما [٦] ظهر اختصاصٌ بمنعه [٧] ، كالمياه في الآبار والقنوات ، ولها صورتان :

إحداهما : أن يحفر المنتجع حفرة [٨] ليسقى بها ماشيته ولم يقصد ملك الحفرة ، فهو أحقُّ بذلك الماء .

فإن فضل عن حاجته ، ومَسَّتْ إليه حاجةُ ماشيةٍ غيره ، حَرُمَ عليه المنع ؛ لقوله ﷺ :

---

(١) في (أ) : « مُستجد » . (٢) في الأصل ونسخة (ب) : « استحق » من (أ) .

(٣) كلمة : « المياه » غير واضحة في (أ) . (٤) في (أ) : « بقيمته » .

(٥) انظر مشكلات الوسيط للحموي : (ق ١١٩ / أ) .

(٦) في (أ) : « كلما » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « بمنيعه » ، والمثبت من (أ) .

(٨) في (ب) : « حُفيرة » .

« مَنْ منع فَضْلَ الماءِ ليمنع به الكلأَ ، مَنَعَه [1] الله فَضْلَ رحمتِه » [2] .

والمعني : أنه [3] يمتنع عن [4] ماشية غيره بسبب مَنْعِ الماء .

وهذا مخصوص بالماشية ، ولا يجري في الزرع ، وإنما هو لحرمة الروح ، ولا يجري في الكلأ في الحال لا يستخلف ، فقد يتضرر به ، والماء يستخلف .

ولا يجري في الدلو والرشاء ، فلا يجب إعارته إلا بعوض ؛ لأن الملك فيه ثابت ، بخلاف الماء ؛ إذ ليس فيه إلا حَقٌّ (٥ سَبْقٍ به ٥) .

الصورة الثانية : أن يقصد ملك البئر .

فالماء الحاصل منه مملوكٌ ، وكذلك ماء القنوات .

وفي تحريم مَنْعِ الشرب فيما يفضل من حاجته بغير عوضٍ خلاف ، منهم من نظر إلى عموم الخبر ، ومنهم من خصص بما لم يملك ، وألحق هذا بالمحرَّزِ في الأواني .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « منع » ، والمثبت من (أ) .

(٢) أخرج البخاري عن النبي ﷺ قال : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ » وقوله : « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلأ » (٣٩/٥) (٤٢) كتاب الشرب والمساقاة (٢) باب من قال : إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروى ، وقوله : لا يمنع فضل الماء (٢٣٥٣ ، ٢٣٥٤) ، ومسلم : (١١٩٨/٣) (٢٢) كتاب المساقاه (٨) باب تحريم بيع فضل الماء (١٥٦٦) ، وأبو داود : (٢٧٥/٣) كتاب البيوع - باب في منع الماء (٣٤٧٣) ، والترمذي : (٥٧٢/٣) (١٢) كتاب البيوع (٤٤) باب ما جاء في بيع فضل الماء (١٢٧٢) . وأخرج النسائي أن رسول الله ﷺ : « نهى عن بيع فضل الماء » (٣٠٧/٧) (٤٤) كتاب البيوع (٨٩) باب بيع فضل الماء (٤٦٦٢ ، ٤٦٦٣) ، وابن ماجه : (٨٢٨/٢) (١٦) كتاب الرهون (١٩) باب النهي عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ (٢٤٧٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٦٦/٣) حديث رقم : (١٣٠٨) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « أن من » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « على » .

(٥) قوله : « سَبْق به » غير واضح في (أ) .

فرع :

إذا اشترك جماعةٌ في حفر قناة اشتركوا في الملك بحسب العمل ، أو بحسب التزام المؤنة ، وقسموا الماء بِنَصْبِ خشبة مستوية فيها ثُقُبٌ متساوية كما جرت العادة .

فإن قسموا بالمهاياة ، فالظاهر : جوازها ، فإنها (١) لا تلزم ، وفيه وجه : أنها تلزم ، وفيه وجه : (٢ أنها لا تصح ٢) ؛ لأن القيمة تختلف باختلاف الأوقات .

* * *

---

(١) في (أ) : « إنها » .

(٢) في (أ) : « تصح » .

كتاب الوقف

والوقف قُربة مندوبٌ إليها ؛ لما رُوي أن عمر - رضي اللّه عنه - قال : أصبتُ أموالًا لم أُصِبْ مثلَها ، وفيها حدائقُ ونخيلٌ ، فراجعتُ رسولَ اللّه ﷺ فقال : « حَبِّس الأصل وسَبِّل الثمرة »[1] .

ولقوله ﷺ : « إذا مات ابنُ آدم ، انقطع عمله إلا في[2] ثلاث : ولدٍ صالح يدعو له ، و عِلْمٍ يُنْتفع به ، وصدقةٍ جارية[3] » .
وليس ذلك إلا الوقف . وفي تفصيله بابان :

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ٤١٨) (٥٤) كتاب الشروط (١٩) باب الشروط في الوقف (٢٧٣٧) ، ومسلم : (٣ / ١٢٥٥) (٢٥) كتاب الوصية (٤) باب الوقف (١٦٣٢) ، وأبو داود : (٣ / ١١٦) كتاب الوصايا - باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف (٢٨٧٨) ، والترمذي : (٣ / ٦٥٩) (١٣) كتاب الأحكام (٣٦) باب في الوقف (١٣٧٥) ، والنسائي : (٦ / ٢٣٠) (٢٩) كتاب الأحباس (٢) باب كيف يكتب الحبس وذكر الاختلاف على ابن عون في خبر ابن عمر فيه (٣٥٩٧ ، ٣٦٠٣) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٠١) (١٥) كتاب الصدقات (٤) باب مَنْ وقف (٢٣٩٦ ، ٢٣٩٧). وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٦٧) حديث رقم : (١٣١٠) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٣) الحديث أخرجه مسلم : (٣ / ١٢٥٥) (٢٥) كتاب الوصية (٣) باب ما يَلْحَق الإنسانَ من الثواب بعد وفاته (١٦٣١) ، وأبو داود : (٣ / ١١٧) كتاب الوصايا - باب ما جاء في الصدقة على الميت (٢٨٨٠) ، والترمذي : (٣ / ٦٦٠) . (١٣) كتاب الأحكام (٣٦) باب في الوقف (١٣٧٦) ، والنسائي : (٦ / ٢٥١) (٣٠) كتاب الوصايا (٨) باب فضل الصدقة على الميت (٣٦٥١). وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٦٨) حديث رقم : (١٣١١) .



الباب الأول : في أركانه

وهي أربعة : الموقوف ، والموقوف عليه ، وصيغة الوقف ، وشرطه [١] .

الركن الأول : في الموقوف :

وشرطه : أن يكون مملوكًا ، معينًا ، تحصل منه فائدةٌ أو منفعةٌ مقصودة دائمة مع بقاء الأصل .

أما قولنا : (مملوكًا) عممنا به العقار ، والمنقول ، والحيوان والشائع ، والمفرز . فكل [٢] ذلك مما يجوز وَقْفُه ، ومنع أبو حنيفة - رحمه اللّه - وقف الحيوان [٣] .

ومنع بعضُ العلماء وقف المنقول ، إلا تحبيسَ فرسٍ في سبيل اللّه .

وعندنا : كلُّ وقف في معنى ما اتفقوا عليه .

واحترزنا به عن :

---

(١) قال ابن أبي الدم : « قال : (الباب الأول في أركانه وهي أربعة : الموقوف ، والموقوف عليه ، وصيغة الوقف ، وشرطُه) .

أقول : في هذا وَهْمٌ مِنْ وجهين : أحدهما : أنه تَرَكَ ذِكْر الواقف ، وهو أحد أركان الوقف ولم يذكره ويجب ذِكره حين شرع في عدد أركانه .

والثاني : أنه ذكر من الأركان الأربعة شرطَ الوقف، وهذا غلط ؛ فإن شَرْطَ الشيء غيرُ داخلٍ في حقيقة الشيء وليس الشرط من الأركان في شيء البتة . وهذه مباحث لها تعلّقٌ بالاصطلاحات اللفظية والوضعية والجوابُ عنها ميسّر » . إيضاح الأغاليط : (١٨ / أ) .

(٢) في (أ) : « وكل » .

(٣) **مذهب الشافعية** : أنه يجوز وقف العقار والمنقول ، كالعبيد ، والثياب ، والدواب ، والسلاح ، والمصاحف ، والكتب ، سواء المقسوم والمشاع ، كنصف دارٍ ، ونصفِ عبدٍ ، وكذلك يجوز وقفُ ما يُراد لعينٍ تُستفاد منه ، كالأشجار للثمار ، والحيوانُ للبنِ والصوفِ والوبرِ والبيضِ ، وما يُراد لمنفعةٍ يُستوفى منه ، كالدار والأرض .

ومذهب الحنفية : أنه لا يجوز الوقف في عبدٍ ولا في أَمَةٍ ولا في شيء سوى العقار والأرضين ، إلا أن يكون في أرضٍ فيها بقر أو عبيدٌ لصالحها ، فيجوز وقفُها تبعًا لها . وأجاز أبو يوسف ومحمد وقف الخيل في سبيل اللّه . انظر : الأم : (٣/٢٧٩) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣/٤٢) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢/١٣٢) .

العبد الموصى بخدمته ، والعين المستأجرة ، فإن الموصى له لو وَقَفَ لا يصح ؛ لأنه تصرف في الرقبة على الجملة إما بالحبس أو إزالة [1] الملك ، ولا مِلْكَ له .

ولهذا [2] لا يقف الحرُّ نفسَه ، وإن صحت [3] إجارتُه [4] نفسَه .

وأما الكلب : ففي وقفه خلاف كما في إجارته ، وكما في هبته ؛ لأنه مملوك منتفع به [5] . ومَنْ منع علل بأن الملك في غير مُتقوم ، فإنه لا يقبل الاعتياض ، فهو كالمعدوم .

ووقفُ المستولدة مرتب على الكلب ، وأولى بالصحة ؛ لأن الملك فيها [6] مضمون ، وإنما البيع ممتنع [فيها] [7] لعارض الاستيلاد [8] .

أما قولنا : (تحصل [9] منه فائدة) أشرنا به إلى : ثمار الأشجار ، ووقف الحيوانات التي لها صوف ووَبَرٌ ولبن تَقُوم مقام المنافع .

ولو وقف ثورًا على النزوان على بهائم قرية ينبغي أن يصح ، كما لو وقف جاريةً على الإرضاع . نعم ، لا يستأجر الفحل للنزوان ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه كما لا يُستأجر [10] الشجرة لثمارها .

---

(١) في (أ) : « بإزالة » .

(٢) (أ) : « ولا هذا » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « صح » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « إجارة » .

(٥) والأصح أنه لا يصح وقف الكلب . انظر : الروضة : (٥ / ٣١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٧٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٣) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فيه » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) الأصح أنه لا يصحّ وَقْفُ أُمِّ الولد ، على خلاف ما صحح الغزالي . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٧٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٣) .

(٩) في (ب) : « يحصل » .

(١٠) في (أ) ، (ب) : « يُستأجر » .

أما قولنا : (منفعة دائمة) احترزنا به عن وقف الرياضيين التي لا تبقى .

وقولنا : (مقصودة) احترزنا به عن : وقف الدراهم والدنانير للتزيين ، وفيه خلاف كما في إجارته ؛ لأن ذلك لا قُصد منها .

نعم ، وَقْفُ الحليّ للبس ، أو النقرةِ ليتخذ منها الحليُّ ، جائز .

وقولنا : (مع بقاء أصلها) [1] احترزنا به [2] عن : الطعام فإن منفعته في استهلاكه ، فلا يجوز وقفه .

وقولنا : (معين) احترزنا به : عما [3] إذا وقف إحدى دَارَيْه ، وفيه وجهان : أظهرهما [4] : المنع ، كما في الهبة ، ومنهم من جوَّزَ ، كما في العتق .

الركن الثاني : الموقوف عليه :

فإن كان وقف قُربة على جهة / عامة ، فيشترط أن يكون فيه ثواب . ١٢٣/أ

وإن [5] كان معصية ، كالوقف على بناء البِيَعِ والكنائس وكتبة التوراة ، وإعانة قُطَّاع الطريق ، فهو [6] فاسد .

وإن كان على الفقراء والمساكين فهو صحيح ، وإن كان على الأغنياء فليس فيه [7]ثواب ولا عقاب[7] ، ففيه وجهان : منهم من شرط القُربة ، ومنهم من اكتفى بانتفاء المعصية .

---

(١) في (أ) : « أصله » . (٢) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « عمل » .

(٤) والصحيح المنع . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣١٥) .

(٥) في الأصل : « فإن » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فهي » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « عقاب ولا ثواب » .

وكذلك لو وقف على اليهود والنصارى والفسقة ، فيخرج على الوجهين [١] .

أما إذا كان الوقف على شخصٍ معين ، فيشترط أن يكون أهلًا للملك .

فمن صَحَّت الهبةُ منه ، الوقْفُ عليه ، فيصح على اليهودي والفاسق المعينين ؛ لأنه تمليكٌ [٢] .

وهل يصح على الحربيّ والمرتدّ ؟ [و] [٣] فيه وجهان :

ووجه [٤] المنع : أنه يُراد للبقاء ، وهو مستحق القتل ، لابقاء له [٥] .

ولا يجوز على الجنين ؛ لأنه تمليكٌ في الحال أو إثبات حق في الحال ، فضاهى[٦] الهبةَ ، بخلاف الوصية (٧ فإنها تقبل الإضافة ٧) .

ولا يصح على العبد ، بل الوقف عليه وَقْفٌ على سيده ، ولا على البهيمة ، وهل يكون الوقف وقفًا [٨] على صاحبها كما في العبد ؟ [فيه] [٩] وجهان [١٠] .

---

(١) قال في الروضة – بعد أن ذكر وجهين في الوقف على الأغنياء ، واليهود ، والنصارى ، والفسقة – : « لكن الأحسن توسُّطٌ لبعضِ المتأخرين ، وهو تصحيح الوقف على الأغنياء ، وإبطالهُ على اليهود والنصارى وقطاعِ الطريق وسائرِ الفُسّاق ؛ لتضمُّنه الإعانةَ على المعصية » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٠) .

(٢) في (أ) : « تملك » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) الواو ليست في (أ) .

(٥) الأصح : أنه لا يصح الوقف على الحربيّ والمرتد . انظر : الروضة : (٥ / ٣١٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٦) .

(٦) في (أ) : « فيضاهي » .

(٧) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « وَقْف » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) أصح هذين الوجهين : أنه لا يكون الوقفُ عليها وقفًا على صاحبها . انظر الروضة : (٥ / ٣١٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٧٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٦) .

فرعان :

أحدهما : لو وقف على أحد رجلين على الإبهام فهو فاسد ، كما يفسد مثلُه في الهبة . وفيه وجه على قولنا : إن الوقف لا يَفْتقر إلى القبول ، مُخَرَّج من وقف أحد العبدين .

الثاني : لو وقف على نفسه فالظاهر منعه [(١)] ؛ لأنه لم يجدد إلا منع التصرف ، ولم يوضع العقد لمنع التصرف فقط .

وذهب أبو عبد اللّه الزبيري إلى جوازه ؛ لما روي أن عثمان - رضي اللّه عنه - وقف بئرًا وقال : دلوي فيه [(٢)] كدلاء المسلمين [(٣)] . وهذا ضعيف ؛ لأن إلقاء الدلو فيها لا يفتقر إلى شرط بحكم العموم في الصلاة في المسجد .

نعم . لو وقف على الفقراء وافتقر ، ففيه خلافٌ ، والظاهر المنع ؛ لأن الظاهر أن مطلق الوقف ينصرف إلى غير الواقف .

ولو [(٤)] شرط لنفسه التولية وأجرة ، [و] [(٥)] قلنا : يمتنع [(٦)] الوقف على نفسه ، فيبنى [(٧)] على جواز صرف سَهْم العاملين إلى بني هاشم ، وفيه خلاف [(٨)] .

---

(١) هذا هو الأصح والمنصوص . انظر : الروضة : (٥ / ٣١٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٦٧) .

(٢) في (أ) : « فيها » .

(٣) انظر ذلك الأثر في : صحيح البخاري : (٥ / ٤٧٧) (٥٥) كتاب الوصايا (٣٣) باب من وقف أرضًا أو بئرًا أو اشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين (٢٧٧٨) ، والترمذي : (٥ / ٥٨٣ ، ٥٨٤) (٥٠) كتاب المناقب (١٩) باب في مناقب عثمان رضي اللّه عنه (٣٦٩٩) ، والنسائي : (٦ / ٢٣٣) (٢٩) كتاب الأحباس (٤) باب وقف المساجد (٣٦٠٦ ، ٣٦٠٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٦٧) كتاب الوقف - باب اتخاذ المسجد والسقايات وغيرها . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٦٨) حديث رقم : (١٣١٢) .

(٤) في (ب) : « إن » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « يُمنع » ، وفي (ب) : « تُمنع » .

(٧) في (ب) : « فينبني » .

(٨) رجَّح في الروضة جوازَ هذا الشرط . انظر : الروضة : (٥ / ٣١٨ ، ٣١٩) .

ولو شرط أنْ تقْضى من ريعه ديونُه وزكاتُه ، فقد بعضَه على نفسه ، فَيُخَرَّج على ما ذكرناه [1] .

الركن الثالث : الصيغة . فلابد [2] منها ، فلو صلى في موضع ، أو أذن في الصلاة ، ولم يصرْ مسجدًا إلا بصيغةٍ دالة عليه ، وهي ثلاثة [3] مراتب .

[الرتبة] [4] الأولى [5] [وهي المرتبة العليا] [6] :

قوله : وقفتُ البقعة ، أو حبستُها ، أو سبَّلتها على المساكين ، فالكل صريح . فلو [7] قال : وقفتُ البقعةَ على صلاة المصلين ، فهل يصير مسجدًا ؟ فيه خلاف [8] .

وذكر الإصطخريُّ أن لفظ التحبيس والتسبيل كنايةٌ عن الوقف ، وهو بعيد ؛ إذ ثبت بعرف لسان الشرع ؛ إذ قال عليه السلام : « حَبِّسِ الأصلَ وسبِّل الثمرة » [9] .

الرتبة الثانية : قوله : حرَّمت هذه البقعة وأَبَّدتها على المساكين . فإن نوى الوقف حصل . وإن أطلق فوجهان :

أحدهما : أنه صريح ؛ لعرف الاستعمال في الوقف .

والثاني : أنه كناية ؛ لأنهما لا يستعملان إلا تابعًا مؤكدًا [10] .

---

(١) في (أ) : « ذكرنا » .

(٢) في (أ) : « فلابد » .

(٣) في (أ) : « ثلاث » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « العُليا » .

(٦) زيادة من (ب) .

(٧) في (أ) : « ولو » .

(٨) الأصح : صحة الوقف ، ويصير مسجدًا . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٣) .

(٩) سبق تخريجه .

(١٠) قال في الروضة : « الثانية : قوله : حرَّمتُ هذه البقعةَ للمساكين أو أبدَّتها ، أو داري محرَّمة أو مؤبدة ، كنايةٌ على المذهب ؛ لا تُستعمل إلا مُؤكِّدة للأولى » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٢) .

الرتبة الثالثة : قوله : تصدقت . وهو ليس بصريح للوقف [1] ، فإن أضاف إليه قرينةً قاطعة ، كقوله : تصدقت صدقة محرمة مؤبدة ، لاتباع ولا توهب : تعين له . وإن لم يتعرض لمنع البيع والهبة ، ففيه خلاف [2] .

وإن لم يذكر قرينةً ، ولكن نوى الوقف ، فإن جرى مع شخص معين لم يكن وقفًا ؛ لأنه وجد نفاذًا فيما هو صريح فيه ، وهو التمليك .

وإن أضاف إلى قوم ، ففيه خلاف [3] ؛ لتعارضِ الاحتمال مع ظهور جهة التمليك من اللفظ .

هذا في الإيجاب . وأما القبول : فلا يمكن شرطُه في الوقف المضاف إلى الجهات العامة . وإن وقف على شخص معين فوجهان ، ووجه الاشتراط : أنه يبعد إدخالُ شيءٍ في ملكِ [4] غيرهِ قهرًا من غير قبوله [5] مع تعينه [6] .

فإن قلنا : يشترط [7] القبول ، فلاشك أنه رَد امتنع بردِّه ، كما نقول في الوكالة . أما البطن الثاني فلا يشترط قبولهم ؛ لأنهم كالفروع ، ولا يتقبل استحقاقهم بالإيجاب ، وهل يرتد عنهم بردِّهم ؟ فيه خلاف .

---

(١) في (أ) : « في الوقف » .

(٢) الأصح : أنه يتعين له أيضًا وإن لم يتعرض لمنعِ البيع والهبة . انظر الروضة : (٥ / ٣٢٣) .

(٣) قال في الروضة : « وأما النية ، فإنْ أضاف إلى جهة عامة بأن قال : تصدقت به على المساكين ونوى الوقفَ ، فوجهان :

أحدهما : أن النية لا تَلْتحق باللفظ في الصرف عن صريح الصدقة إلى غيره .

وأصحهما : تلتحق فيصير وقفًا .

وإن أضاف إلى مُعينٍّ فقال : تصدقتُ عليك ، أو قاله لجماعةٍ مُعينين لم يكن وقفًا على الصحيح ، بل ينفُذ فيما هو صريحٌ فيه وهو التمليك المحض ، كذا قاله الإمام » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٣) .

(٤) في (أ) : « ملكه » .

(٥) في (أ) : « قبول » .

(٦) الأصح اشتراط القبول . انظر : الروضة : (٥/ ٣٢٤) ، مغني المحتاج : (٢/ ٣٨٣) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٣٧٢) .

(٧) في (أ) : « لا يشترط » .

الركن الرابع في الشرائط وهي أربعة : التأبيد ، والتنجيز ، والإلزام ، وإعلام المصرف .

الأول : التأبيد : ونعني به أنْ لا يقف على جهة ينقطع [١] آخرها ، كما إذا وقف على أولاده ولم يذكر المصرف بعدهم ، فإن فعل ذلك فهو وقفٌ منقطعُ الآخرِ ، وفي صحته قولان :

الأصح الذي به الفتوى : بطلانه [٢] ؛ لأنه مائلٌ عن موضوعه في التأبيد ، ويبقى أمره مشكلًا بعد انقراضهم ، فَلْيضف بعده إلى جهة لا تنقطع ، كالمساكين والعلماء ، ومن يجري مجراهم .

وذكر صاحب التقريب قولًا : أن ذلك يمتنع في العقار دون الحيوان ، فإن الحيوان – أيضًا – يُعَرَّض للانقطاع .

فإن فرعنا على الجواز ، ففي انقطاع الوقف بانقراضهم قولان :

أحدهما : أنه يعود ملكًا ، فيصرف إلى ورثة الواقف .

والثاني : أنه يبقى وقفًا ، ويُصْرَف إلى أهم [٣] الخيرات [٤] ، وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يصرف إلى أقرب الأقارب ؛ لورودِ أخبارٍ فيه [٥] .

وعلى هذا ، هل يشترك فيه الأغنياء والفقراء ؟ وجهان [٦] .

---

(١) في (ب) : « تنقطع » .

(٢) وفي الروضة : أنّ الأظهر عند الأكثرين صحتُه . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤)، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٣) .

(٣) في الأصل : « أمم » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ٣٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٣ ، ٣٧٤) .

(٥) والأصح هو هذا الوجه الأول ، وهو نص الشافعي في « المختصر » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٦)، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٤) .

(٦) في الروضة : أنهما قولان ، وأن أظهرهما : أنه يختص بالأقارب الفقراء دون الأغنياء . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) .

وهل يُقَدم من قُدِّم [١] في الإرث ؟ أو يراعى قُرْبُ الدرجة ؟ وجهان [٢] .

والثاني : أنه يصرف إلى المساكين ؛ لأنه أعم جهات الخير .

والثالث : أنه يصرف إلى مصالح الإسلام ، فإنه الأعم .

أما إذا قال : وقفتُ على الفقراء سنةً أو سنتين / ، وقطع آخره بالتأقيت ، فالمذهبُ ١٢٣/ب فسادُ هذا الشرط . وفيه وجه مُخَرَّج من المسألة السابقة .

ثم إذا فسد الشرطُ ، فهل يفسد الوقف ؟ إذ كان من قبيل التحرير - كجعل البقعة مسجدًا - فلا يفسد ، بل يتأبّد ، كالعتق ؛ لأنه فك عن اختصاص الآدميين كالتحرير [٣] .

وإن كان وقفًا على شخصٍ معين ، وقلنا : يفتقر إلى قبوله ، فيفسد ، كسائر المعاملات .

وإن كان وقفًا على جهة الفقر والمسكنة [٤] ، فوجهان ؛ لتردده بين التحرير والتمليك .

الشرط الثاني : التنجيز في الحال : فلو قال : وقفت على مَنْ سيولد من أولادي ، فهو وقف منقطع الأول . ففيه [٥] طريقان :

أحدهما : أن فيه الأقوال كما في المنقطع الآخر ، فيعود ما فَصَّلْناه .

والثاني : البطلان ؛ لأنه لم يجد [٦] في الحال مَقَرًّا ينزل فيه [٧] .

---

(١) في (أ) : « يُقدَّم » .

(٢) الأصح : أنه يُراعى قُرْبُ الدرجة . انظر : الروضة : (٥ / ٣٢٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٤) .

(٣) الصحيح الذي قطع به الجمهور : أنّ الوقفَ يفسد . انظر : الروضة : (٥ / ٣٢٥) .

(٤) في (أ) : « أو المسكنة » .

(٥) في (أ) : « وفيه » .

(٦) في (أ) : « يُوجد » .

(٧) هذا الطريق : هو المذهب وهو نص الشافعي في « المختصر » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٧٤) .

فلو قال : وقفت على عبدى ، أو كان مريضًا فقال : وقفت على وارثي ثم بعده على المساكين ، فهو [وقف] [١] منقطع الأول ، فإن صححنا فلا يصرف إلى المساكين ما لم يَمُتِ العبدُ والوارثُ ؛ لأنه لم يدخل أول الوقف [٢] ، إلا أن يقول : وقفتُ على رجل ثم بعده على المساكين ، فإنه لا يمكن تَرَقُّبُ [٣] انقراضِ مَنْ لا يتعين ، فيصرف [٤] في الحال إلى المساكين .

وكذلك إذا وقف على معين فَرَدَّه ، أو لم يقبل - إذا شرطنا قبوله - فقد صار منقطعَ الأولِ .

أما إذا صرح بالتعليق وقال [٥] : إذا جاء رأسُ الشهر فقد وقفت على المساكين ، قطع العراقيون بالبطلان ؛ لأنه لا يُوافق مصلحة الوقف بخلاف الوقف على مَنْ يوجد من الأولاد . وذكر المراوزة خلافًا ، وهو متجه فيما لا يحتاج إلى القبول [٦] .

فقد [٧] ذكر ابن سريج وجهًا في تعليق الضمان ، فينقدح أيضًا [٨] طردُه في الإبراء وكل ما [٩] يستقل الإنسان به تشبيهًا له بالعتق .

الشرط الثالث : الإلزام : فلو قال : وقفتُ بشرط أنْ أرجع متى شئتُ ، أو أحرم المستحق وأحوله إلى غيره متى شئتُ فهو فاسد ؛ لأنه يناقض موضوعَه في اللزوم .

فأما إذا قال : وقفتُ على أنِّي بالخيار لِأُغَيِّرَ مقاديرَ الاستحقاقِ بحكم المصلحة ، فله ذلك .

ولو قال : على أني أُبقِي أصل الوقف ولكن أُغَيِّرُ تفصيلَه ، فوجهان :

أحدهما : المنع ؛ للزوم الأصل والوصف [١٠] .

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « الوقت » .

(٣) في (أ) : « أن يرقب » .

(٤) في (أ) : « فينصرف » .

(٥) في (ب) : « فقال » .

(٦) المذهب : أنه يصحُّ الوقْفُ ، إذا علّق بمجيء رأسِ الشهر ، أو قدومِ فلان . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٨) .

(٧) في (أ) : « وقد » .

(٨) قوله : « أيضًا » ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « كلما » .

(١٠) في (أ) : « والوقف » .

والثاني : الجواز ؛ لأن شرطه متبع [١] .

فإذا شرط التغيير بتغير رأيه ، فيكون ذلك أيضًا من الشرائط .

فرعان :

أحدهما : لو شرط أن لا يؤاجر الوقف أصلًا ، ففيه ثلاثة أوجه :

أظهرها : أنه يتبع [٢] .

والثاني : لا ؛ لأنه حجر على مَنْ ثبت ملك المنفعة .

والثالث : أنه يجوز في قدر سنة فيتبع ؛ لأنه يليق بمصلحة الوقف ولو شرط المنع من أصل الإجارة ، ولم يتبع .

الثاني : لو جعل البقعة مسجدًا وخصَّصه بأصحاب الحديث أو الرأي [٣] . لا

---

(١) قال في الروضة - بعد أن ذكر بطلان الوقف إذا كان بشرط الخيار ، أو إذا قال الواقف : وقفت بشرط أني أبيعه ، أو أرجع فيه متى شئتُ ، أو وقفت على ولده أو غيره بشرط أنْ يرجع إليه إذا مات ، فبعد أن ذَكَرَ بطلانَ الوقف في هذه الصور وغيرها من الصور ، قال مُعلِّقًا على كلام الإمام الغزالي : « هذا مجموع ما حضرني من كتب الأصحاب . والذي قطع به جمهورهم : بطلانُ الشرطِ والوقفِ في هذه الصور كلها ، وشذَّ الغزالي فجعل هذه الصور ثلاثَ مراتب :

الأولى : وقفتُ بشرط أنْ أرجع متى شئتُ ، أو أَحْرِم المستحِقَّ وأحَوِّل الحقَّ إلى غيره متى شئتُ : ففاسدٌ .

الثانية : بشرط أن أغيِّر قَدْرَ المستحق للمصلحة : فهو جائز .

الثالثة : بشرط أنْ يقول أغيِّر تفصيلَه ، فوجهان . وهذا الترتيبُ لا يكاد لغيره ، ثم فيه لَبْسٌ ، فإن التحويل المذكور في الأولى هو التغيُّرُ المذكور في الثانية ، والمذهبُ ما ذكره الجمهور » . انظر : روضة الطالبين : (٥/ ٣٢٩) .

(٢) وفي الروضة أنه أصَحُّها ، وليس أظهرها . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٢٩ ، ٣٣٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٥) .

(٣) المراد بأصحاب الحديث : الفقهاء الشافعية ، وبأصحاب الرأي : الفقهاء الحنفية . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٣٠) .

يختصّ بهم ؛ لأنه من قبيل التحرير ، فلا يثبت الشرط فيه كالعتق .

وفيه وجه : أنه يتبع للمصلحة ، وقطع المنازعة في إقامة الشعائر (١) .

أما إذا جعل البقعةَ مقبرةً : ففي تخصيصه بقومٍ خلافٌ ظاهر ؛ لتردده بين المسجد وبين مساكن الأحياء (٢) .

الشرط الرابع : بيان المصرف . فلو قال : وقفتُ هذه البقعة ، ولم يَذكر التفصيلَ ، ففيه قولان : أظهرهما : الفساد ، للإجمال .

والثاني : أنه (٣) يصح ، ثم في مصرفه (٤) من الكلام ما في منقطع الآخر إذا صححناه

فرعان :

أحدهما : لو وقف على شخصين وبَعْدَهما على المساكين ، فمات أحدُهما ، فنصيبُه لصاحبه أو للمساكين ؟ فيه وجهان (٥) .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٣٠) .

(٢) قال في الروضة : « ولو شرط المقبرة الاختصاصَ بالغرباء ، أو بجماعة معينين فالوجه أن يُرَتَّبَ على المسجد . فإن قلنا : يختص فالمقبرة أولى ، وإلا فوجهان ؛ لتردُّدِها بين المسجد والمدرسة ، وإلحاقُها بالمدرسِة أصحُّ ؛ فإن المقابر للأموات كالمساكن للأحياء » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٣١) .

(٣) قوله : « أنه » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « صرف » .

(٥) قال في الروضة : « الأُولى : وقف على رجلين ، ثم على المساكين ، فمات أحدُهما ، ففي نصيبه وجهان :

أصحهما - وهو نصُّه في حرملة - : يصرفه إلى صاحبه . والثاني : إلى المسكين .

والقياس : أن لا يُصْرف إلى صاحبه ولا إلى المساكين ، بل صار الوقف في نصيب الميت منقطع الوسط .

قلت : معناه : يكون صرفُه مصرفَ منقطعِ الوسط ، لأنه يجيء خلافٌ في صحة الوقف » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٣٢) .

الثاني : لو رَدَّ البطنُ الثاني ، وقلنا : يرتدُّ عنهم بِرَدِّهم . فقد صار الوقف منقطعَ الوسطِ ، فيعود في مصرفه - إلى أن ينقضي البطنُ الثاني - ما ذكرناه من الأقوال ، وقولان آخران :

أحدهما : الصرف إلى البطن الثالث ، ويلتحقون [1] بالمعدومين عند الرد .

والثاني : الصرف إلى الجهة العامة المذكورة في شرط الوقف عند انقراض الجميع ؛ لأنه أقربُ إلى مقصودِ الواقف من غيره .

* * *

---

(١) في (أ) : « ويلحقون » .

الباب الثاني : في حكم الوقف الصحيح .

وفيه فصلان :

الفصل الأول : في أمور لفظية :

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال : وقفتُ على أولادي وأولاد أولادي : فمعناه التشريك دون الترتيب ؛ إذِ التقديمُ يَفْتقر إلى زيادة دلالة ، وليس في اللفظ عليه دليلٌ إلا أن يقول : بطنًا بعد بطنٍ ، وما يجري مجراه .

الثانية : إذا قال : وقفتُ على أولادي وبعدهم على المساكين : فالظاهر أن أولاد الأولاد لا يستحقون ؛ لأنهم يُسَمَّون أحفادًا .

فلو قال : وعلى أولاد أولادي ، دخل فيه [(١)] أولادُ البنينَ والبناتِ .

وكذلك [(٢)] إذا قال : على ذريتي أو عقبي [(٣)] أو نَسْلي ، فأولادُ البنات يدخلون [(٤)] فيه .

ولو قال : على مَنْ ينتسب إليّ من أولاد [(٥)] أولادي ، لم يدخل فيه أولاد البنات .

قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتُنا بنوهن أبناءُ الرجالِ الأباعد

الثالثة : إذا [(٦)] قال : على البنين أو البنات لم يدخل الخناثى لأنه مُشْكِلٌ ، ولو قال : على البنين والبنات ، ففيه وجهان ؛ لأنه وإن كان لا يَعْدُهُما فلا يُعَدُّ منهما [(٧)] .

---

(١) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « وكذا » .

(٣) قوله : « أو عقبي » ليس في (أ) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « تدخل » .

(٥) قوله : « أولاد » ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « لو » .

(٧) أصحُّ هذين الوجهين : دخولُ الخناثى في الوقف على البنين والبنات . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٣٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٨) .

ولو قال : على الأولاد ، دَخَل فيهم [١] .

والظاهر أن الولد اَلمَنْفي [٢] باللعان لايستحق ؛ إذِ اللعانُ لا يظهر أثَرُه إلا في حق الزوج الملاعن ، للضرورة .

والجنينُ لا يستحق ؛ لأنه ليس بولدٍ، فإذا وُلِدَ لم يستحق الريعَ الحاصل في مدة اجتنانه / ، وإنما يستحق من وقت الولادة . ١٢٤/ب

الرابعة : لو قال : على عترتي . قال ابن الأعرابي وثعلب : هم ذريتُه .

وقال القتيبي : هم عشيرته [٣] .

الخامسة : لو وقف على بني تميم ، ففي دخول البنات وجهان :

أحدهما : لا ؛ لخصوص [٤] اللفظ .

والثاني : نعم ؛ لأنه إذا ذكر في القبيلة أُرِيدَ كلُّ مَنْ ينتسب إليها ، ثم يغلب التذكيرُ في اللفظ [٥] .

السادسة : إذا قال : وقفتُ على أولادي ، فإذا انقرض [٦] أولادي وأولادُ أولادي فعلى المساكين .

فمنهم من قال : هذا منقطع الوسط ؛ إذ لا دخول لأولاد الأولاد في الوقف [٧] .

ومنهم من قال [٨] : جعل اشتراط انقراضهم قرينة دالة أيضًا [٩] على دخولهم في الاستحقاق .

---

(١) في (أ) : « فيه » . (٢) في (أ) : « المُنتفى » .

(٣) وهذا هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ /٣٣٧) . (٤) في (أ) : « لحصول » .

(٥) في (أ) : « هذا الوجه هو الأصح » . انظر : الروضة : (٥ / ٣٣٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٨) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « انقطع » ، والمثبت من (أ) .

(٧) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٣٩ ، ٣٤٠) .

(٨) قوله : « قال » ليس في (أ) . (٩) قوله : « أيضًا » ليس في (أ) .

السابعة : لو وقف على الموالي ، وليس له إلا الأعلى أو الأسفل ، تعينَّ له .

ولو كان له كِلاهما ، فثلاثة أوجه :

أحدها : البطلان ؛ للإجمال وهو الأصح .

والثاني : التوزيع على الأعلى والأسفل ؛ لاشتراكِ اللفظ [1] .

والثالث : تقديمُ الأعلى ؛ لاختصاصِه بالعصوبة .

* * *

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٣٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٨٤) .

الفصل الثاني : في الأحكام [(١)] المعنوية .

وفيه مسائل :

الأولى : أن الوقف حكمه [(٢)] اللزوم في الحال ؛ خلافًا لأبي حنيفة – رحمه اللّه – فإن قال : لا يلزم إلا إذا أُضيف إلى ما بعد الموت [(٣)] .

ثم لزومه في منع المالك من [(٤)] التصرفات ، وهل يُوجِبُ زوالَ ملكِه ؟

نظر ؛ فإن [(٥)] جعل البقعة مسجدًا زال ملكه ، وكأنه تحرير وفك عن [(٦)] الاختصاصات ، ولذلك لا يتبع فيه شروطه [(٧)] .

وإن وقف على معين ، أو على جهة القربات [(٨)] ، فالظاهر أنه يزول ملكه ، ولكنْ

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أحكام » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « حُكمه حكم » ، ولم نثبتها لأنها مخلة بالمعنى .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن الوقْفَ حكمُه اللزومُ في الحال ، سواءٌ أضافَه الواقفُ إلى ما بعد الموت ، أم لم يُضِفْه ، وسواء سلَّمه إلى الموقوف عليه أم لم يُسَلِّمه ، قَضَى به قاضٍ أم لا .

ومذهب الحنفية : أنه لا يزول ملكُ الواقفِ عن الوقف ، إلا أن يحكم به الحاكمُ أو يُعَلِّقَهُ بموته فيقول : إذا متُّ فقد وقفتُ داري على كذا . وقال أبو يوسف : يزول الملكُ بمجرد القول ، وقال محمد : لا يزول الملكُ حتى يجعل للوقف وليًا ويُسَلِّمه إليه . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٢) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣ / ١٥) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣ / ٤٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٣٠) .

(٤) في (أ) : « عن » . (٥) في (أ) : « إن » . (٦) في (أ) : « من » .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله في الفصل الثاني في الأحكام المعنوية في الوقف في جعل البقعة مسجدًا : (لا ينبغي فيه شرطه) فمعناه واللّه أعلم : لا يبيع في شرطه الموقوف ، فإنه لو شرط فيه تخصيص طائفة أو تقديم طائفة على طائفة وما أشبه ذلك من الشرائط لم يتبع . وأما شرطه فيما سوى الانتفاع بهذا الموقوف ، مثل أن يشترط التولية والنظرَ لشخصٍ معين فإنه يتبع ، واللّه أعلم » . المشكل (٢ / ٦٠ / أ) .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « القرابات » ، والمثبت من (أ) .

إلى الموقوف عليه ؟ أو إلى اللّه - تبارك وتعالى - ؟ فيه قولان :

أحدهما : إلى اللّه - تبارك وتعالى - فإنه [1] قربةٌ ، وتصرفُ الموقوف عليه غير نافذ [2] .

والثاني : إلى الموقوف عليه ، فإنه يقول : وقفتُ عليك ، ولا يَبْعُد مِلْكٌ لا ينفذ فيه التصرفُ .

وعلى الجملة : إن كان [3] الموقوف عليه [3] معينًا ، فيبعد قول نقل الملك إلى اللّه - تبارك وتعالى - فإنه ليس من القربات .

وإن كان على المساكين وجهاتِ [4] القربات ، فيبعد نَقْلُ الملكِ إلى المساكين ، كيف وقد يقف على الرباطات والقناطر وحمامات مكة ، ومن لا ينسب إليه ملك .

ومن أصحابنا من خرج قولًا ثالثًا : أنه لا يزول ملك الواقف ؛ لأن الشرط لا يتبع في الملك الزائل ، إلا أنه تَضَمَّن الحجر في التصرفات [5] وإثبات الاستحقاق في الثمرات .

الثانية : لا خلاف في أن الموقوف عليه يملك الغلة وثمار الشجرة ، واللبن ، والوبر والصوف من الصوف من الحيوان . ولا يقطع أغصان الشجرة ، إلا إذا كان هو المقصود ، كما في شجرة [6] الخِلاف وهل يملك ولد الموقوفة ؟ فيه [7] وجهان :

أحدهما : نعم ، كاللبن [8] .

---

(١) في (أ) : « لأنه » .

(٢) وهذا القول هو المذهب ، وهو نصّ الشافعي في « المختصر » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٨٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٨٨ ، ٣٨٩) .

(٣) في (أ) : « المالك » .

(٤) قوله : « وجهات » ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « التصرُّف » .

(٦) في (أ) : « شجر » .

(٧) قوله : « فيه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٤٢ ، ٣٤٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٩٠) .

والثاني : لا ، بل ولده وقف ، كما أنّ ولدَ [1] الضحيةِ ضحيةٌ [1] ، وولدَ المستولدةِ مُسْتولدٌ [2] .

ولا يملكِ وطءَ الجارية الموقوفة ؛ لأنه وإن قُدِّرَ ملكُه فيها فهو ضعيف . نعم ، يصرف إليه مهرها إذا وُطئت بالشبهة ؛ لأنه في حكم بدل المنفعة ، فيشبه أجرةَ المنفعة .

وهل يملك تزويجَ الجارية ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه ينقص الوقف ، فيخالف غرض الواقف .

والثاني : نعم ؛ لأنه نوعُ انتفاعٍ [3] .

فإن قلنا : تُزَوَّج [4] ، فيزوجها الموقوف عليه إن [5] قلنا : إن الملك له . ويزوجها السلطان إن قلنا : إن الملك للّه تبارك وتعالى .

وهل يستشير الواقفَ والموقوفَ عليه لتعلقه بغرضهما ؟ فيه خلاف .

وإن قلنا : للواقف ، فلا يستشير السلطانَ ، وهل يستشير الموقوفَ عليه ؟ فيه خلاف من حيث إنه نقص عن انتفاعه ، فيكاد يكون إبطالًا لما أثبت له [6] .

فإن [7] قلنا : يجوز تزويجها ، فلو تزوج بها الموقوفُ عليه ، وقلنا : إنه لا ملك له ، صحَّ ، وإن قلنا : له الملك فلا .

---

(١) في (أ) : « الأُضحية أُضحية » . (٢) في (أ) : « مُستَوْلدة » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥/٣٤٦) ، مغني المحتاج : (٢/٣٩٠) ، نهاية المحتاج : (٥/٣٩١) .

(٤) في (ب) : « يزوج » .

(٥) في الأصل ونسخة : (ب) : « وإن » ، والمثبت من (أ) .

(٦) قال في الروضة : « وإن قُلنا : للّه سُبحانه وتعالى ، زوجَها السلطانُ ويستأذن الموقوفَ عليه ، وكذا إن قلنا : الملكُ للواقفِ ، زَوَّجَها بإذن الموقوف عليه ، هذا كلامُ الجمهور . وحكى الغزالي وجهين ، في أن السلطان هل يَسْتأذن الموقوف عليه ، وفي أنه هل يستأذن الواقف أيضًا ؟ ويَلْزم مثله في استئذان الواقف إذا زوج الموقوف عليه » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٦) .

(٧) في (أ) : « وإن » .

الثالثة : توليةُ أمرِ الوقفِ والنظرُ في مصالحه إلى مَنْ شرطه الواقفُ ، فإن سكت عنه فطريقان :

أحدهما : للواقف ، لأنه كان له ، ولم يَشْرط صَرْفَه إلى غيره .

والثاني : أنه [(١)] نبني على أقوال الملك ، فيكون لمن له الملك .

فإن [(٢)] قلنا : للّه ، فهو للسلطان [(٣)] .

ثم يشترط في المتولي خصلتان : الأمانة والكفاية .

فإن أخلَّتْ [(٤)] إحداهما نزع السلطان (٥ من يده ذلك ٥) ، وفيه وجه : أن العدالة لا تُشْترط إن كان الموقوف عليه معينًا ولم يكن فيه طفلٌ . ولكنه يَسْتعدي عليه المستحقُّ إن خان ، وهو بعيد .

ثم إلى المتولي العمارةُ وتحصيلُ الريع بالزرع ، والإجارةُ ومصرفُه [(٦)] إلى المستحقّ .

وله إثبات اليد على الوقف إذا شرط التصرف وشرط اليد لغيره . وله من الأجرة ما شرط له ، فإن لم يشترط فهو مبني على أن مطلق الاستعمال هل يَقْتضي أجرةً ؟ وفيه خلاف [(٧)] .

---

(١) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « وإن » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قال في الروضة - بعد أن ذكر هذين الطريقين - : وطريقٌ ثالث وهو : هل النظر للواقف ، أم للموقوف عليه ، أم للحاكم ؟ فيه ثلاثة أوجه ، قال : « والذي يَقْتضي كلامُ معظمِ الأصحاب الفتوى به أن يُقال : إن كان الوقف على جهةٍ عامة ، فالتوليةُ للحاكم كما لو وقف على مسجد أو رباط . وإن كان على معين فكذلك إن قلنا : الملك ينتقل إلى اللّه تعالى . وإن جعلناه للواقف ، أو الموقوفِ عليه ، فكذلك إن قلنا : الملك التولية » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٧) .

(٤) في (أ) : « أخلَّت » .

(٥) في (أ) : « ذلك من يده » .

(٦) في (أ) : « وصرفها » .

(٧) سبق بيان الراجح من هذا الخلاف في كتاب الإجارة .

الرابعة : نفقة الموقوف من الموضع المشروط ، فإن سكت فهو من الارتفاع . فإن [1] كان للعبد كَسْبٌ فهو من كَسْبه ، فإن بطل كسْبُه فهو على من يحكم بأن الملك فيه له على موجب الأقوال . هذا في الحيوان الذي لا يجوز تعطيلُه لحرمةِ الروح . فأما [2] العقار فلا تجب عمارته [3] إلا على مَنْ يريد الانتفاع [4] فيعمره باختياره .

الخامسة : إذا تعطّل مالُ الوقف فله أحوال :

[الحالة] [5] الأولى : أن يُتْلِفَه [6] متلفٌ ، فيجب الضمان عليه ، وماذا يُفْعل به ؟ فيه طريقان :

أحدهما : أنه يصرف ملكًا خالصًا إلى مَنْ يقال : إنَّ الملك له .

فإن قلنا : للّه - تبارك وتعالى - ، فَيُشْترى به مثلُه ويُجْعَل وقفًا .

والثاني - وهو الأصح - [7] : أنه يُشْتَرَى به [8] مثلُه ، إن كان عبدًا فعبد ، أو شقص عبد إن لم يوجد عبد ؛ لأن علقة الوقف آكدُ من الرهن الذي لا يتعدى إلى الولد قطعًا / ، فَبِأَنْ يسري إلى البدل ولا يفوت بفوات العين أولى . 1/124

وإن كانت الجناية على الطرف فيشتري به أيضًا شقص عبد . وها هنا يحتمل أن يسلك به مسلك الفوائد ، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكًا ، وهذا [9] ذكره صاحبُ التقريب .

---

(1) في (أ) : « وإن » .

(2) في (ب) : « وأما » .

(3) انظر : مشكل الوسيط لابن الصلاح : (٢ / ٦٠ / ب) .

(4) قال ابن الصلاح : « قوله : (إلا على من يريد الانتفاع) استثناء من غير الحبس فإنه لا يجب عند إرادته قطعًا » . المشكل (٢ / ٦٠ / ب) .

(5) زيادة من (أ) .

(6) في (ب) : « إن أتلفه » .

(7) في (أ) : « الصحيح » .

(8) قوله : « به » ليس في (أ) .

(9) في (أ) : « وهكذا » .

الحالة الثانية : أن لا يكون مضمونًا .

فإن لم يَبْقَ منه بقيةٌ ، كالعبد إذا مات فقد فات الوقف .

وإن [1] بقى مُتَموَّلة ، كالشجرة إذا جَفَّت وبقي الحطب ، ففي انقطاع الوقف وجهان :

أحدهما : أنه ينقطع ، كالعبد إذا مات ، والحطبُ [و] [2] إن كان يتمول فالوقتُ معلقق [3] باسم الشجرة ، فعلى هذا ينقلب الحطب ملكًا إلى الواقف .

والثاني : أنه يبقى أثر الوقف [4] ، فإن إبقاءه ممكن ، ثم فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يشتري بثمنه شجرة أو شقص شجرة ويجعل وقفًا .

والثاني : أنه يستوفي منفعته بإجارته جذعًا .

والثالث : أنه يَستوفي الموقوفُ عليه عينَه ، فيصير ملكًا له .

الحالة الثالثة : حصير [5] المسجد إذا بَلِيَ [6] وجذعه إذا انكسر ، أو انفصلتْ نحاتةٌ منه في [7] النخر ، فيه وجهان :

أحدهما - [وهو الأصح] [8] - : أنه يباع ويُصْرف إلى مصالح المسجد ؛ كيلا يضيق المكان أولا يتعطل .

والثاني : أنه يبقى كذلك ، فإنه وقف لا [9] يمكن بيعه ، وليس يمكن استيفاءُ عينه فَيُترك أبدًا .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « مُتعلّق » .

(٤) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٥٦) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٩١ ، ٣٩٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٩٤) .

(٥) في (أ) : « حُصُر » .

(٦) في (أ) : « بليَت » .

(٧) في (أ) : « من » .

(٨) زيادة من (ب) .

(٩) في (أ) : « ولا » .

أما إذا أشرف جذعُه على الانكسار ، وداره على الانهدام ، وعلم أنه لو [١] أفرج [٢] لخرج عن أن يكون منتفعًا به وبطلت ماليته أيضًا ، ففي جواز بيعه وجهان مشهوران :

أحدهما : يميل إلى الاحتياط ، والآخرُ : إلى المصلحة [٣] .

فإن قلنا : إنه يباع ، فالأصح أنه يُصْرف الثمن إلى جهة الوقف ، ويحصل [٤] مثل ما بيع .

الحالة الرابعة :أن يتفرق الناسُ عن البلدة ، وتخرب البلدة [٥] ، ويتعطل المسجد أو يخرب المسجد . فها هنا لا يعود المسجد ملكًا ، ولا يباع ، ولا يُتَصَرف في عمارته ؛ لأن عود الناس متوقع ، بخلاف الموت والجفاف .

وكذلك إذا وقف شيئًا على بعض الثغور كطرسوس ، فبطل واتسعت خطة الإسلام حواليها [٦] .

قال الأصحاب : يحفظ ارتفاع الوقف ؛ فإنه يُتوقع [٧] أن يعود ثغرًا كما كان (٨فلم يحصل على اليأس ٨) .

المسألة [٩] **السادسة** : الجارية الموقوفة إذا وُطِئت بالشبهة : إن كان الواطيء أجنبيًا وأَحْبَلَ ، لزمه المهرُ للموقوف عليه ، وتلزمه [١٠] قيمةُ الولد ؛ لأنّ الولد حرّ ويُشْترى بقيمة الولد

---

(١) قوله : « لو » ليس في (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « أجرّ » ، والمثبت من (أ) .

(٣) أصحُ هذين الوجهين أنه يجوز بيعُه . انظر : الروضة : (٥ / ٣٥٧) .

(٤) في (أ) : « ويجعل » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « البلد » ، والمثبت من (أ) .

(٦) انظر : مشكل الوسيط لابن الصلاح : (ج٢ / ق٦٠ ب) .

(٧) في (ب) : « مُتَوَقع » .

(٨) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٩) كلمة : « المسألة » ليست في (أ) .

(١٠) في (أ) : « لزمه » ، وفي (ب) : « يلزمه » .

مثلُه ، وإن قلنا : يَشرى الوقف إلى الولد ، وإلا فيصرف إلى الموقوف عليه ملكًا كالمهر .

وإن كان الواقف هو الواطئ : فهذا حكمه ، ويزيد [1] [2] أمرُ الاستيلاد ، ولا ينفذ [2] إن قلنا : لا ملك له ؛ وإن قلنا : الملك له ، فوجهان :

ووجه المنع : تأكدُ حقِّ الموقوف عليه فيه [3] . وإن كان الواطئ هو الموقوف عليه : فلا مهر ؛ إذ هو مصرفُه ، والولد حرّ ، ولا قيمة إن قلنا : إن مصرفه هو ، وإن قلنا : يشتري به مثله فيلزمه ، والاستيلادُ لا ينفذ إن قلنا : لا ملك له ، وإن قلنا : له الملك فينفذ على الأصح ؛ إذ اجتمع له ملكُ الرقبة والمنفعةُ ، بخلاف الواقف .

السابعة : إذا أجَّر الموقوفَ عليه الوقفَ فطلب بزيادة فلا فسخ له . وإن أجر المتولي ما هو للخيرات ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه لا أثر له ؛ إذ صح العقد الموافق للغبطة أولًا ، فلا نظر إلى ما يطرأ ، وهو الأصح .

والثاني : أنه يفسخ [4] ؛ لأنه يُخالف الغبطة في المستقبل .

الثالث : أنه [5] إن زاد على السنة في العقد فله أن يمنع ما زاد على السنة .

الثامنة : أنه إن تعذر العثور على شرط الواقف يقسم على الأرباب بالسَّوية ، فإن لم يعرف الأرباب جعلناه كوقفٍ مطلقٍ لم يُذكر مَصْرِفُه ، فيصرف إلى تلك المصارف التي ذكرناها .

* * *

---

(١) في (ب) : « تزيد » .

(٢) في (أ) : « أمرًا وهو أن الاستيلاد لا ينفذ » .

(٣) قال في الروضة : « وإن جعلنا الملك له ، فلا حَدَّ . وفي نفوذ الاستيلاد إن أولدها الخلافُ في استيلادِ الراهن ، لتعلُّقِ حقِّ الموقوف عليه بها ، وهذا أولى بالمنع » . انظر : روضة الطالبين : (٥/ ٣٤٥) .

(٤) في (أ) : « ينفسخ » .

(٥) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

كتاب الهبة

وفيه بابان

الباب الأول : في أركانها

وهي ثلاثة :

الأول : صيغة العقد :

فلابد من الإيجاب والقبول .

وعن ابن سريج : أنه يجوز تراخي القبول ، وهو بعيد .

والصحيح : (1 أنه في الإبراء 1) لا يَفْتَقر إلى قبول مَنْ عليه إلا أن يكون بلفظ الهبة ، ففيه تردُّدٌ .

والفعلُ لا يقوم مقام اللفظ ، كالمعاطاة في البيع .

وذكر الفوراني أنه يُكتفى في الهدايا بالفعل ، فلا يُعْتبر اللفظ ، فإن [2] العادة كانت مستمرةً في عصر [3] رسول الله ﷺ [4] .

وما ذكره محتمل في الأطعمة ، أما ما عداه فلا [5] يمكن دعوى اطراد العادة فيه [6] ، ويتصل بالصيغة حكم (7 الرُّقْبَى والعُمْرَى 7) .

---

(١) في (أ) : « أن الإبراء » .

(٢) في (أ) : « لأن » .

(٣) في (أ) : « عهد » .

(٤) قال في الروضة : « وأما الهدية ، ففيها وجهان :

أحدهما : يُشترط فيها الإيجابُ والقبولُ ، كالبيع والوصية ، وهذا ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والمتلقِّين عنه .

والثاني : لا حاجة فيها إلى إيجاب وقبول باللفظ ، بل يكفي القبضُ ويَمْلك به ، وهذا هو الصحيح الذي عليه قرارُ المذهب ونقلَه الأثبات من متأخري الأصحاب ، وبه قطع المتولي والبغوي ، واعتمده الروياني وغيرهم » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٦٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٩٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٠٨) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(٦) وفي الروضة : أنه لا فرق في الهدية بين الأطعمة وغيرها . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٦٦) .

(٧) في (أ) : « العمرى والرقبى » .

أما العمرى ، فلها ثلاث صور :

الأولى [١] : أن يقول : أعمرتُكَ هذه الدارَ حياتَكَ - أي جعلتُها لك في عمرك - فإذا متَّ فهي لورثتك ، فهذا صحيح ؛ لأنه عَبَّر به عن مقتضى الهبة وإنْ طَوَّلَ فيه .

الثانية : أن يقول أعمرتك حياتَك ، أي : جعلتها لك في عمرك ، ولم يتعرض لما بعد موته ، فقولان :

القديم : بطلانه ، وهو الأقيس ؛ لأنه هبةٌ مؤقتة فيضاهي البيع المؤقت .

والجديد : أنه يصح ويبقى لورثته [٢] ؛ لقوله - عليه السلام - : « لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا ، ومَنْ أُعْمِرَ شيئًا أو أُرْقِبَ [٣] فسبيلُه الميراث » [٤] .

وفيه قول ثالث ضعيف : أنه يصح كما شرط .

الثالثة : أن يقول : فإذا متَّ عاد إليَّ ، (٥ ففيه قولان ٥) مرتبان :

أحدهما : البطلان وهو / القياس ؛ لتصريحه [٦] بما يناقضَ الموضوع ، فهو أولى ١٢٥/أ بالبطلان من المطلق .

ووجه الصحة : إلغاءُ شرطِه ، وتقريرُ الهبةِ على موضوعها .

ومن هذا استنبطَ بعضُ الأصحاب قولًا أن الهبة لا تفسد بالشرائط الفاسدة ؛

---

(١) في (أ) : « إحداها » ، وفي (ب) : « حديها » .

(٢) والقول الجديد هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٣٩٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤١٠) .

(٣) في (أ) : « أرقبه » .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٩٣) كتاب البيوع - باب من قال فيه : ولعقبه (٣٥٥٦) ، والنسائي : (٦ / ٢٧٣) (٣٤) كتاب العمرى (٢) باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى (٣٧٣١) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٧٥) كتاب الهبات - باب الرقبى ، ومعرفه السنن والآثار : (٩ / ٥٨) حديث رقم : (١٢٣٤٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧١) حديث رقم : (١٣٢١) .

(٥) في (أ) : « فقولان » .

(٦) في (أ) : « للتصريح » .

بخلاف البيع ؛ لأن الشرط في البيع يطرق جهلًا إلى العوض إذ يصير المشروط مقصودًا مع العوض .

أما إذا أضاف إلى عُمُرِ غير المتهب أو إلى وقت معلوم ، فالظاهر فسادُه وإن فرعنا على الجديد .

وفيه وجه مخرج : أنه تُلْغى الإضافةُ وتصح [1] الهبة مطلقًا .

أما الرقبى :

هو أن يقول : أرقبتك داري ، أو داري لك رُقْبَى - أى هي لك - فإنْ متُّ قبلي عادت [2] إليَّ ، وإن متُّ قبلك استقر ملكك [3] .

فحكمه حكم الصورة الثالثة من العمرى ؛ لأنه مازاد إلا قوله : إنْ متُّ قبلك استقر ملكك ، وهذا يوافق موضوع العقد [4] .

الركن الثاني : في الموهوب .

وكل ما [5] جاز بيعه جاز هبته وإن كان شائعًا ، قَبِلَ القسمة أو لم يَقْبل .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يصح هبةُ شائعٍ قابلٍ للقسمة [6] .

---

(١) في (أ) : « يصح » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « دعا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « ملك » ، والمثبت من (أ) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله في الرقبى : (وهذا يوافق موضوع العقد) يعني : لا يتوهم أن الرقبى أولى بالإفساد ؛ لأن الذي زاد في الرقبى هذا ، وهذا لا يقتضي فسادًا ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٦٠ ب) .

(٥) في (أ) : « كلما » .

(٦) **مذهب الشافعية** : أنه تجوز هبةُ المشاع ، سواءٌ ما هو قابلٌ للقسمة أو غير قابل ، وسواء كانت الهبة للشريك أو لغيره .

ومذهب الحنفية : أنه تجوز هبةُ المشاع فيما لا يُقَسَّم ، أمَّا ما يُقَسَّم فلا تجوز هبتُه إلا أن يُقَسَّم ويُسَلَّم . =

وما لا يجوز بيعه من المجهول ، وما لا يُقْدر على تسليمه كالآبق ، لا تصح [1] هبته .

وفي هبه الكلب خلاف [2] ؛ من حيث إنه تصح [3] الوصية به ، وهو نقل اختصاص ، وإنما الخبيثُ ثمنُه ؛ بحكم الحديث [4] .

واختلفوا في أن هبة المرهون هل [5] تُفيد الملك عند فكّ الرهن ، أم [6] يفتقر إلى إعادته ، مع [أن] [7] القطع بأن تعليق الهبة لا يجوز ، وأن بيع المرهون باطل ؛ لأن الهبة لا تُوجب الملك بنفسها ، بخلاف البيع [8] ؟

واختلفوا في هبة الدين ، إن قلنا : يصح بيعُه من غير مَنْ عليه الدّينُ :

والأصح [9] المنع ؛ لأن القبضَ في الدين غير ممكن .

= انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٣) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣ / ٢٥٢) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣/ ٤٩ ، ٥٠) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٢٢) .

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « يصح » ، والمثبت من (أ) .

(٢) الأصح : بطلانُ هبة الكلب . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) .

(٣) في (ب) : « يصح » .

(٤) أخرج مسلم في صحيحيه أن النبي ﷺ قال : « ثمن الكلب خبيث ... » (٣ / ١١٩٩) (٢٢) كتاب المساقاة (٩) باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن (١٥٦٨) ، وأبو داود : (٣ / ٢٦٣) ، والترمذي : (٣ / ٥٧٤) (١٢) كتاب البيوع (٤٦) باب ما جاء في ثمن الكلب (١٢٧٥) . وانظر فتح الباري : (٤ / ٤٩٧ - ٤٩٩) .

(٥) قوله : « هل » ليس في (أ) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « أو » ، والمثبت من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) والأصحُّ : بطلانُ هبه المرهون . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) .

(٩) في (أ) : « فالأصح » .

ومن صحح اكتفى بقبض الدين بتعيينه [١] .

وقيل : يطرد هذا الوجه [٢] في رهن الدين وهو فيه أبعد ؛ إذ الوثيقة متعلقة بالقبض فيه ، فأمر القبض فيه آكدُ .

الركن الثالث : القبض .

والهبة لا تفيد [٣] الملك عندنا إلا بعد القبض ، خلافًا لمالك – رحمة اللّه – [٤] ، وذلك لأن [٥] أبا بكر الصديق – رضي اللّه عنه – نَحَلَ عائشةَ – رضي اللّه عنها – جداد [٦] عشرين وسقًا من التمر ، ثم مرض وقال [٧] : وددت لو كنتِ [٨] حُزْتِيه ، والآن هو مال الوارث » [٩] .

ومن أصحابنا من قال : إذا قبض تبيَّنًا حصول الملك عند العقد .

وتسلم للمتهب الزوائد الحاصلة قبل القبض . وأخذ ذلك من نص الشافعي – رضي اللّه

---

(١) قال في الروضة : « إذا وهب الدَّين لمن هو عليه فهو إبراءٌ ، ولا يحتاج إلى القبول على المذهب . وقيل: يحتاج اعتبارًا باللفظ . وإن وَهَبَه لغير مَنْ هو عليه لم يصحَّ على المذهب . وقيل : في صحته وجهان ، كرهنِ الدَّيْنِ » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤١٣) .

(٢) في (أ) : « القول » .

(٣) في (ب) : « يُفيد » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أنه لا يحصل الملكُ في الموهوبِ والهديةِ إلا بقبضهما ، وهذا هو المشهور . وفي قول قديم : يملك بالعقد كالوقوف . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٤) . انظر الكافي : (٥٢٨) ، القوانين الفقهية : (٣٧٣) .

(٥) في (أ) : « أن » .

(٦) قوله : « جداد » ليس في (أ) .

(٧) في (أ) : « فقال » .

(٨) قوله : « كُنتِ » ليس في (أ) .

(٩) قوله : (أن أبا بكر الصديق – رضي اللّه عنه – نحل عائشةَ – رضي اللّه عنها – عشرين وسقًا من التمر ، لو حُزْتِيه ، والأن هو مال الوارث) أخرجه مالك في الموطأ : (٢ / ٥٧٦) (٣٦) كتاب الأقضية (٣٣) باب ما لا يجوز من النحل (٤٠) ، والبيهقي في السنن الكبري : (٦ / ١٧٠) كتاب الهبات – باب يشرط القبض في الهبة ، ومعرفة السنن والآثار : (٩ / ٥٠) حديث رقم : (١٢٣١٦) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٢) حديث رقم : (١٣٢٨) ، نصب الراية : (٤ / ١٢٢) .

عنه - على أن مَنْ وُهِبَ عبدًا قبل هلال شوال ، وقبض [١] بعد الاستهلال ، فالفطرة على المتهب .

وقد قيل : إن هذا من الشافعي - رضي اللّه عنه - تفريع على مذهب مالك .

فرعان :

أحدهما : لو قبض المتهبُ دون إذن الواهب لم يجز يحصل الملك .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يحصل [٢] .

الثاني : إذا مات الواهب قبل القبض ، فالأظهر أنْ الوارث يتخير في الإقباض ، كالبيع في زمان الخيار .

ومنهم من قال : ينفسخ العقد ؛ لأن هذا عقد جائز فينفسخ بالموت كالوكالة والجعالة ، وكأن هذا القائل يجعل القبض كجزء من السبب مثل القبول .

* * *

(١) في (أ) : « وقبل » .

(٢) **مذهب الشافعية :** أنّ القبض الذي يتم به الملكُ في الهبة هو القبض الواقع بإذن الواهب ، فلو قبض المتهبُ دون إذنِ الواهب لم يَمْلك ، ودخل في ضمانه ، سواء كان القبض في مجلس العقد أو بعده .

ومذهب الحنفية : أن المتهب إذا قبض في المجلس تملك . ولو بغير إذن الواهب ، وإن كان الموهوب في يد المتهب تملك بمجرد الهبة ، أما قبض المتهب بعد المجلس فيفتقر إلى إذن الواهب لتمليكِه . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٧٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٠) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣ / ٢٥١) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣ / ٤٨) ، اللباب في شرح الكتاب : (٢ / ١٢١) .

الباب الثاني [1] : في حكم الهبة الصحيحة

وفيه فصلان :

الأول : في الرجوع .

والأصل [2] أن الهبة مندوب [3] [إليها] [4] قال - عليه السلام - : « تهادوا تحابُّوا » [5] وهو مع الأقارب أحبُّ [6] ؛ لأن فيه صلةَ الرحم .

وإذا [7] وَهَبَ مِنْ أولاده فلْيُسَوِّ بينهم ؛ لأنه [8] قال - عليه السلام - [8] لنعمان [9] ابن بشير - وقد وَهَبَ بعضَ أولاده شيئًا - : « أَيَسُرُّكَ أن يكونوا إليك [10] في البر سواء؟ » فقال : نعم ، فقال : « فارجع » [11] ....

---

(١) في (أ) : « الثالث » .

(٢) في (أ) : « فالأصل » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « مندوبة » ، والمثبت من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) أخرج الترمذي في سننه عن النبي ﷺ قال : « تهادوا ؛ فإن الهدية تذهب وحر الصَّدر ... » (٤ / ٣٨٤) (٣٢) كتاب الولاء والهبة (٦) باب ما جاء في حَثِّ النبيّ ﷺ على التهادي (٢١٣٠) ، وأخرج مالك في الموطأ قولَه ﷺ : « وتهادوا تحابوا ... » (٢ / ٦٩٣) ، (٤٧) كتاب حسن الخلق (٤) باب ما جاء في المهاجرة (١٦) . وذكره الزيلعي في نصب الراية : (٤ / ١٢٠ ، ١٢١) من كتاب الهبة ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٦٩) كتاب الهبات - باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس ، وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٦٩ ، ٧٠) حديث رقم : (١٣١٥) .

(٦) في (أ) : « أفضل » .

(٧) في (أ) : « فإذا » .

(٨) في (أ) : « عليه السلام قال » .

(٩) في (أ) : « للنعمان » .

(١٠) في (أ) : « لك » .

(١١) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ٢٥٠) (٥١) كتاب الهبة (١٢) باب الهبة للولد (٢٥٨٦) ، ومسلم : (٣ / ١٢٤١ - ١٢٤٣) (٢٤) كتاب الهبات (٣) باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة (١٦٢٣) ، وأبو داود : (٣ / ٢٩٠) - باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل (٣٥٤٢) ، والترمذي : (٣ / ٦٤٩) (١٣) كتاب الأحكام (٣٠) باب ما جاء في النحل والتسوية بين الولد =

[وسوّ بينهم] [١] [٢] .

وإن [٣] خَصَّصَ فالهبةُ تنعقد [٤] ولكنه يكون تاركًا للأحبّ .

وهل يُسْتحب التسوية بين الابن والبنت ؟ فيه تردد [٥] [٦] .

وحكم الهبة إذا صَحّتْ : إزالةُ الملكِ ولزومُه إلا فيما يَهَبُ لولده قال – عليه السلام – : « لا يحل لواهبٍ أنْ يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما يَهَبُ لولده » [٧] .

= (١٣٦٧) ، والنسائي : (٦ / ٢٥٨) (٣١) كتاب النحل (١) باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان في النحل (٣٦٧٢ – ٣٦٧٥) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٩٥) (١٤) كتاب الهبات (١) باب الرجل ينحل ولده (٢٣٧٥ ، ٢٣٧٦) ، والبيهقي في معرفة السنة والآثار : (٩ / ٦١ – ٦٣) .

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال ابن أبي الدم : « في باب الهبة قال فيه : (وإذا وهب من أولاده فليُسوِّ بينهم لأنه – عليه السلام – قال للنعمان بن بشير – وقد وهب بعضَ أولاده شيئًا – أيَسُرُّك أن يكونوا لك في البر سواء ..) الحديث .

هذا وهم قبيح وغلطٌ ظاهر ؛ لأنه متعلّق بعلم الحديث والنقل ، وقد كانت بضاعتُه فيه مزجاةً ، فإن النبيّ ﷺ إنما قال لبشير والد النعمان وقد جاء للرسول ﷺ ومعه ابنه النعمان ، وهو غلامٌ صغيرٌ يومئذٍ ، فقال : يا رسول اللّه إني نحلتُ ابني هذا ... الحديث ، فقوله في « الوسيط » إنه – عليه السلام – قال للنعمان بن بشير وقد وهب بعضَ أولاده شيئًا ؛ غلطٌ ظاهرٌ متفق عليه من أهل العلم بالحديث والنقل » . إيضاح الأغاليط (١٨ / ب) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « ينعقد » ، والمثبت من (أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله : (هل تستحب التسوية بين الابن والبنت فيه تردد) يعني وجهين : أحدهما : يُسوِّي بينهما في قدر ما يعطي وهو الصحيح . والثاني : يَجْعَلُ الابنَ مِثْلَيْ ما للبنت كما في الميراث » . المشكل (٢ / ٦٠ ب) .

(٦) والأصحّ أنْ يُسوِّي بين الذكر والأنثى . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤١٦) . والتعليق السابق لابن الصلاح .

(٧) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٢٨٩) كتاب البيوع – باب الرجوع في الهبة (٣٥٣٩) ، والترمذي : (٣ / ٥٩٣) (١٢) كتاب البيوع (٦٢) باب ما جاء في الرجوع في الهبة (١٢٩٩) ، والنسائي : (٦ / ٢٦٨) (٣٣) كتاب الرقبى (٤) باب ذكر الاختلاف على طاوس في الراجع في هبته =

وقال أبوحنيفة : يرجع كلُّ واهبٍ ، إلا الوالد [1] .

ثم النظر فيمن يرجع وما به الرجوع ، وما يرجع فيه .

أما الراجع : فهو [2] الأب ، وفي معناه الجدُّ في ظاهر المذهب .

وقيل : إنه يختص بالأب .

وقيل : يتعدى إلى الجد [3] من قبل الأب ، وولي [4] ، لأن هذا احتكام [5]

والظاهر أن الوالدة في معنى الوالد ، وفيه وجه بخلافه .

فروع :

أحدها : إن تصدق على ولده عند حاجته ، فالظاهر : أنه يرجع ، لأنه هبة . وفيه

= (٣٧٠٣) ، وابن ماجه : (٢ / ٧٩٥ ، ٧٩٦) (١٤) كتاب الهبات (٢) باب من أعطي ولده ثم رجع فيه (٢٣٧٧ ، ٢٣٧٨) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٩ / ٦٥ - ٦٧) حديث رقم : (١٢٣٦٩ ، ١٢٣٧٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٢) حديث رقم : (١٣٢٥ ، ١٣٢٦) .

(١) **مذهب الشافعية** : أن الهبة تلزم بنفس القبض ، ولا رجوعَ فيها إلا للوالد ، فإنه يجوز له أن يرجع فيما وهبه لولده .

ومذهب الحنفية : أنه يجوز الرجوعُ في الهبة للأجنبي ويُكره ، فإنْ عوضه أو زادت زيادة متصلة أو مات أحدُهما ، أو خرجتْ عن ملك الموهوب له فلا رجوعَ ، ولا رجوعَ فيما يهبه لذي رحم محرم منه أو زوجة أو زوج . انظر : روضة الطالبين : (٥/ ٣٧٨) ، مغني المحتاج : (٢/ ٤٠١) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٤١٦) ، الهداية شرح بداية المبتدي : (٣/ ٢٥٥ ، ٢٥٦) ، الاختيار لتعليل المختار : (٣ / ٥١ ، ٥٢) .

(٢) في (أ) : « هو » .

(٣) في (أ) : « جد » .

(٤) انظر : مشكل الوسيط لابن الصلاح : (٢ / ٦١ / أ) .

(٥) قال ابن الصلاح : « قوله (لأن هذا احتكام) معناه : إثباتُ الرجوع إثباتُ سلطنة احتكام في المال فلا يكون لمن لا ولاية له . ووقع في بعض النسخ (إلا أن هذا احتكام) بمعنى : غير أن هذا الوجه تحكم وهذا غلط ، وكلام المؤلف هو الأول وليس هذا الوجه مما يقال فيه : إنه تحكم ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٦١ / أ) .

وجه : أنه لا يرجع ؛ لأنه فَقَدَ طَلَبَ الثوابِ ، [(١] لا لإصلاح [١)] حال الولد ، وقد حصل الثواب .

الثاني : صبي تداعاه رجلان ، وَوَهَبَه كلٌّ واحد منهما فلا رجوع لأحدهما ؛ إذ لم يَثْبت أُبوَّته .

فإن [(٢)] قامت له البنية ، ففي رجوعه خلافٌ ؛ لأنه لم يكن له حال العقد أُبوةٌ ظاهرة [(٣)] .

الثالث : لو وَهَب مِنْ ولده فوَهَبَ هو مِنْ ولده - أو مات وانتقل إلى ولده - ، وقلنا للجد الرجوع ، ففي الرجوع ها هنا وجهان .

والظاهر : المنع ؛ لأن الرجوع للواهب ، وهو الآن ليس واهبًا .

أمّا ما به الرجوع : فهو كل لفظ صريح .

وفي [(٤)] إقدامه على البيع والعتق ثلاثة أوجه :

الأصح : أنه ليس برجوع ، ولا ينفذ ، فإنه صادَفَ مِلْكَ غيره وهو لازم .

والثاني : أنه ينفذ ، ويكون رجوعًا ؛ لأنه قادر عليه ، وهو من ضرورته .

والثالث : أنه رجوعٌ لدلالته عليه ، ولا ينفذ ، لأنه لم يلاقِ الملك .

أما [(٥)] الوطء : فالظاهر أنه لا يكون رجوعًا ، بل يجب عليه المهر ، وكذا القيمةُ إنْ أحبَلَها .

أمّا ما فيه الرجوع : فهو عَيْنُ الموهوبِ ما دام باقيًا في سلطنة الملك ، فإن تلف فلا رجوعَ بقيمه .

وإن [(٦)] نقص ، فيرجع [(٧)] إلى الناقص .

---

(١) في (أ) : « إصلاح » . (٢) في (أ) : « فإذا » .

(٣) الأصح : أن له الرجوع إذا قامت له البينة . انظر : الروضة : (٥ / ٣٧٩) .

(٤) في (أ) : « أما في » . (٥) في (أ) : « فأما » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « فرجع » ، والمثبت من (أ) .

وإن زاد / زيادةً متصلة رَجع إليها زائدة ، وإن كانت منفصلة سُلِّمت الزيادةُ للمتهب .١٢٥/ب

وإن خرج عن ملكه بموت أو تصرف ، انقطع الرجوع .

إن عاد إلى ملكه ففي عود الرجوع قولان ، بناء على أن الزائل العائد كالذي لم يَزُلْ أو كالذي لم يَعُدْ [(١)] ؟ ولا خلاف في أنه لو كان عصيرًا خمرًا ، ثم عاد خلًّا عاد الرجوع ؛ لأن العائد هو الملك الأول .

وكذلك إذا كان مرهونًا أو مكاتبًا فيمتنع [(٢)] الرجوع .

فإن انفك عاد الرجوع ، ولا يمتنع الرجوع بإجارة الموهوب . وفي امتناعه بإباقِه تردد .

وإن تعلّق حق غرماء المتهب بماله لإفلاسه ، ففي الرجوع وجهان :

أحدهما : لا ، كالمرهون [(٣)] .

والثاني : نعم [(٤)] ، ولذلك منع الرهن رجوع البائع ، بخلاف الإفلاس .

* * *

---

(١) قال في الروضة : « ولو زال ملكُ المتهب ثم عاد بإرثٍ أو شراءٍ ففي عود الرجوع وجهان . وقال الغزالي : قولان : أصحهما : المنع » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٨١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٣) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢١) .

(٢) في (أ) : « فيمنع » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٥ / ٣٨١) .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (فيما إذا أفلس فالثاني نعم .. إلى آخره) يعني : الرجوع لأنه حق سابق له بالهبة ، وما طرأ من حق الغرماء بالإفلاس لا يقاومه بخلاف الرهن فإنه أقوى ، ولذلك منع الرهن في العين المبيعة رجوع البائع فيها بخلاف الإفلاس فإنه لا يمنع رجوعَ البائع في المبيع بل يثبته ، وإن كان يوجب تعلقَ ديونِ سائر الغرماء بالمبيع لكن قدم حق البائع عليهم ولم يقدم على حق الرهن ، والله أعلم » . المشكل (٢ / ٦١ / أ) .

الفصل الثاني : في الهبة بشرط الثواب .

والهبة ثلاثة أقسام :

مقيد بشرط نفي الثواب ، فلا يقتضي ثوابًا .

ومطلق ، فإن كان من كبير مع صغير فلا يقتضي ثوابًا .

وإن كان من صغير مع كبير ، فقولان :

الجديد : أنه لا يلزم الثواب موضوع اللفظ التبرع (١) (٢) .

وفي القديم : يلزمه لقرينة العادة . وإن وهب من مثله ، فطريقان :

قطع العراقيون بنفي الثواب (٣) . وطرد المراوزة القولين .

التفريع :

إن قلنا : يقتضي الثواب ، ففيه أربعة أقوال :

أحدها : إن قدر الثواب قدر قيمة (٤) . والثاني : ما يتمول .

والثالث : ما يُعَدّ ثوابًا في العادة . والرابع : ما يَرْضَى به المواهبُ .

أما الهبة المقيدة بشرط الثواب : إن فرعنا على الجديد ، وكان الثواب مجهولًا فهو

---

(١) في (أ) : « للتبرع » .

(٢) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٥ / ٣٨٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٣) .

(٣) والمذهب : القطعُ بأنه لا ثوابَ . انظر الروضة : (٥ / ٣٨٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٣) .

(٤) ذكر في الروضة : أنهم أربعة أوجه . وقيل : أقوال . أصحها : الأول هذا . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٨٥)، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٣) .

باطل [1] ، وإن كان معلومًا فقولان :

أحدهما : أنه ينعقدِ بيعًا ، ولكنه [2] بلفظ الهبة [3] .

والثاني : أنه يفسد ، لأنه متناقض [4] .

وهو قريب من الخلاف في أنه لو قال : بعتُ بلا ثمن . هل ينعقد هبةً ؟ وإن فرعنا على القديم فالثواب المجهول كالمطلق .

وإذا [5] قلنا : ينعقد بيعًا ، فيثبت الشفعة وسائر أحكام البيع على الظاهر من المذهب .

التفريع :

إذا فرعنا على القديم في الهبة المطلقة ، فما رأيناه ثوابًا إذا لم يسلم جاز الرجوع عند بقاء العين ، وإن تلفت رجع بقيمتها ؛ لأنه مضمون بالعوض . وكذا إذا غاب طلب الأرش .

وفيه وجه : أنه لا يرجع بالقيمة ؛ لأن الرجوع يتعلق بالعين في الهبة ، وهذه ليست [6] هبة .

فروع :

أحدها : لو وجد بالثواب عيبًا ، وردّ ورجع إلى العين .

وإن كان تَالِفًا ، والثوابُ في الذمة ، فيطالب به .

وإن كان مُعينًا ، فهو بيع يرجع إلى قيمته .

---

(١) قال في الروضة : « الحالة الثانية : إذا كان الثواب مجهولًا ، فإن قلنا : الهبة لا تقتضي ثوابًا بطل العقد ؛ لتعذُّرِ تصحيحه بيعًا وهبةً ، وإن قلنا : تقتضيه صَحَّ ، وهو تصريحٌ بمقتضي العقد ، وهذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهورُ . وحكى الغزالي وجهًا : أنه يبطل بناءً على أن العِوض يُلْحِقُه بالبيع » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٨٧) .

(٢) في (أ) : « ولكن » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٥/٣٨٦) ، مغني المحتاج : (٢/٤٠٤) ، نهاية المحتاج : (٥/٤٢٣) .

(٤) في (أ) : « يتناقض » .

(٥) في (أ) : « فإذا » .

(٦) قوله : « ليست » ليس في (أ) .

الثاني : لو وَهَبَ حليًا ، فأثابه في المجلس نَقْدًا من جنسه - زائدًا أو ناقصًا - فممنوعٌ ؛ لأنه ربا .

وفيه وجه : أنه يجوز لأنه لا مقابلةَ ، ولكنه إنشاءُ تبرع في مقابلة تبرع [(١)] .

الثالث : إذا قَدَّرْنا الثوابَ بالقيمه ، فَيُعْتبر يوم القبض [(٢)] .

وفيه وجه آخر [(٣)] : أنه يعتبر يوم بذل القيمة .

الرابع : إذا تنازعا ، فقال المالك : بعتُك ، وقال الآخذ : [بل] [(٤)] وهبتني . فقولان :

أحدهما : القولُ قولُ الآخذِ ؛ لأنه وافقه صاحبه على الملك ، ويدعي عليه عوضًا الأصلُ عدمُه .

والثاني : أنهما يتحالفان ؛ لتساويهما ؛ إذ هذا يعارضه أن الرجوع في وجه الزوال إلى المزيل .

وحُكي في طريقة العراق بدل [(٥)] هذا الوجه : أن القولَ قولُ الواهب ، فإنه المزيل .

* * *

---

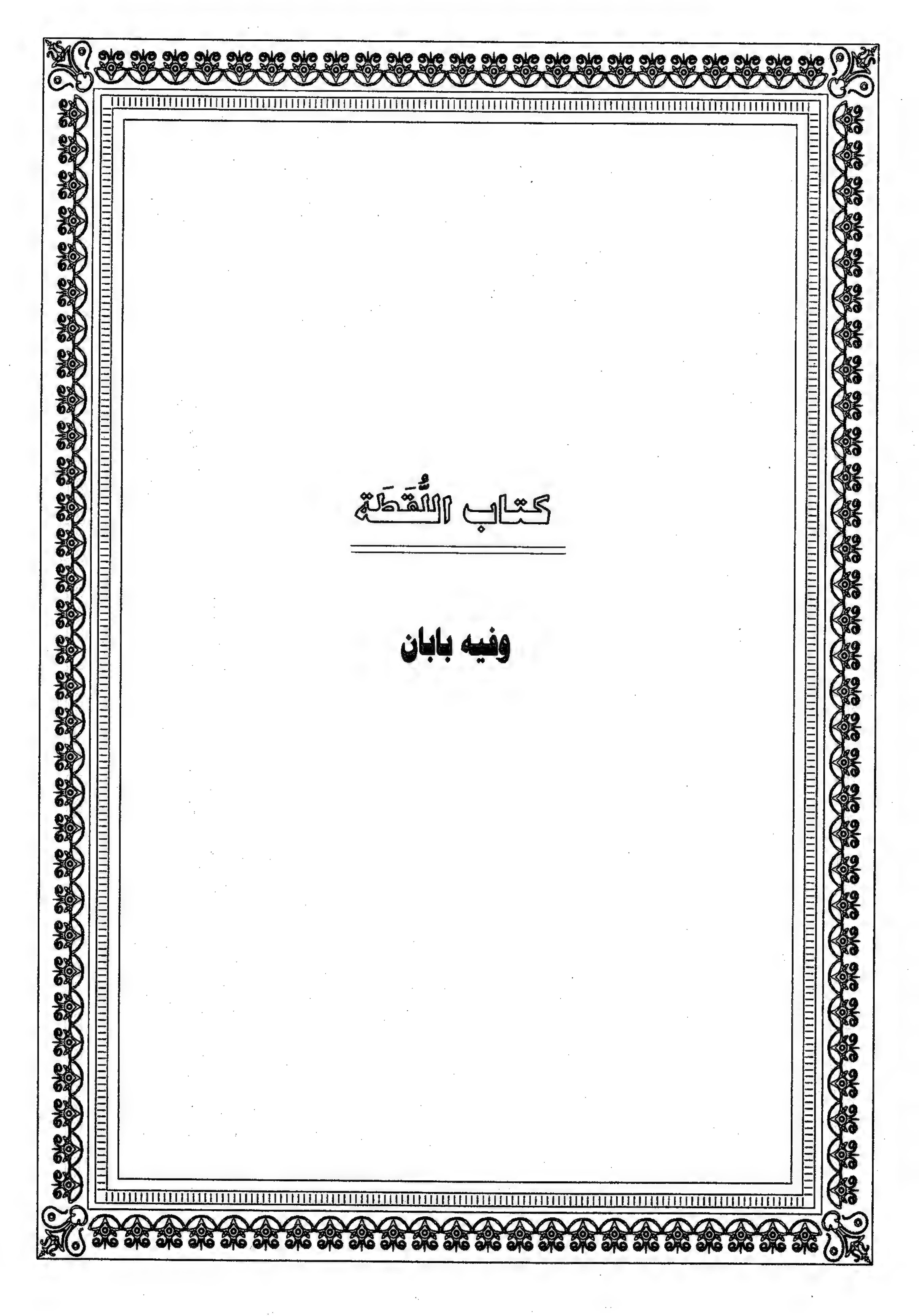
(١) قال في الروضة : « ولو وهبه حُلِيًّا بشرط الثواب ، أو مطلقًا وقلنا : الهبة تقتضي الثوابَ ، فنصَّ في « حرملة » أنه إن أثابه قبل التفرُّقِ بجنسه اعتبرت المماثلة . وإن أثابه بعد التفرق بعرض صَحَّ ، وبالنقد لا يصح ؛ لأنه صرف ، وهذا تفريع على أنه بيع ، وفي « التتمة » أنه لا بأس بشيء من ذلك ؛ لأنا لم نُلْحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض ، وكذا سائر الشروط ، وهذا تفريع على أنه هبة . وحكى الإمامُ الأولَ عن الأصحاب ، وأبدى الثاني احتمالًا » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٨٦) .

(٢) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٣٨٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٤) .

(٣) كلمة : « آخر » ليست في (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « ما يدل على » ، والمثبت من (أ) .



كتاب اللُّقَطَة

وفيه بابان



الباب الأول : في أركانها

وهي ثلاثة :

الأول : الالتقاط [(١)] .

وهو عباره عن أَخْذِ مالٍ ضائعٍ لِيُعَرِّفَها [(٢)] الآخذُ سنةً ، ثم يتملكها [(٣)] بعد مُضِيِّ السنة ، ويَضْمنها لمالكها إن ظهر . وفيه أخبار .

وفيه مسألتان :

إحداهما : في وجوب الالتقاط .

نقل المزني أنه قال : لا أُحِبّ [(٤)] تركَه [(٥)] . وقال في الأم : لا يجوز تركه [(٦)] .

فمنهم مَنْ أطلق قولين ، ومنهم مَنْ نَزَّلَ على حالتين : فأوجب إن كان يضيع لو لم يأخذه [(٧)] ، ولم يوجب إذا كان لا يضيع .

والأصح : القطع بأنه لا يجب ، لأنه بين أن يكون كَسْبًا أو أمانة ، فلا معنى لوجوبه [(٨)] . وأراد الشافعي - رضي اللّه عنه - بقوله تأكيدَ الندب .

---

(١) في (أ) : « الألفاظ » .

(٢) في (أ) : « لمعرفة » .

(٣) في (أ) : « يتملكه » .

(٤) في (أ) : « الأصب » .

(٥) انظر مختصر المزني : (٣ / ١٢٥) .

(٦) انظر الأم : (٣ / ٢٨٧) .

(٧) في (أ) : « يأخذ » .

(٨) قال في الروضة : « المسألة الأولى : في وجوب الالتقاط أربعة طرق :

أصحها وقولُ الأكثرين : أنه على قولين : أظهرهما : لا يجب كالاستيداع : يجب .

والطريق الثاني : إن كانت في موضع يَغْلب على الظن ضياعُها ، بأن تكون في مَمَرّ الفُساق والخَوَنَة وجب الالتقاط ، وإلا فلا .

والثالث : إن كان لا يثق بنفسه لم يجب قطعًا . وإن غلب على ظنّه أمانةُ نفسهِ ففيه القولان . =

نعم ، يُستحب [1] إن كان [1] يثق بأمانة [2] نفسه ، وإن خاف على نفسه ففي جواز الأخذ وجهان [3] يجري مثلُه فيمن يتولّى القضاءَ وهو يخاف الخيانة .

ووجه الجواز : أنه لم يعرف الخيانة فنَأْمُرْه بالاحتراز .

الثانية : في وجوب الإشهاد على اللقطة وجهان [4] ؛ لقوله ﷺ : « مَن التقط لقطةً فَلْيُشْهِدْ عليها » [5] ، فاحتمل [6] أن يكون إيجابًا ، أو استحبابًا وإرشادًا ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ﴾ [7] .

فإذا أشهد ، فَلْيُعَرِّفِ الشاهدَ بعضَ الأوصاف ؛ ليكون فيه فائدة . ولا ينبغي أن يستوعب فإنه[8] ربما يُشِيع ، فيعتمده [9] المدعي الكاذبُ ويتوسل به .

= والرابع : لا يجب مطلقًا » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٩١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٦ ، ٤٠٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٧ ، ٤٢٨) .

(١) في (أ) : « أن يكون »

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « بأمانته » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « وإن لم يثق وليس هو في الحال من الفسقة لم يُستحب له الالتقاطُ قطعًا . قاله الإمام . وحكي عن شيخه في الجواز وجهين . أصحهما : ثبوته » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩١) .

(٤) أصح هذين الوجهين : أن الإشهاد لا يجب ، ولكن يُستحب . انظر الروضة : (٥ / ٣٩١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٨) .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود : (٢ / ١٤٠) كتاب اللقطة (١٧٠٩) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٣٧)(١٨) كتاب اللقطة (٢٥٠٥) ، وأحمد في مسنده : (٤ / ٢٦٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٨٧) كتاب اللقطة – باب اللقطة يأكلها الغني والفقير إذا لم تعرف بعد تعريف سنة . ورواه أيضًا في معرفة السنن والآثار : (٩ / ٨١) حديث رقم : (١٢٤٢٣) ، وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٤) حديث رقم : (١٣٣٢) .

(٦) في (أ) : « ويحتمل » .

(٧) سورة البقرة : آية (٢٨١) .

(٨) في (أ) : « لأنه » .

(٩) في الأصل ونسخة (أ) : « في إثبات » .

الركن الثاني : في الملتقط .

وأهلية الالتقاط لمن له أهلية الأمانة والكسب والولاية ، فإن هذه المشابه [1] ظاهرة في اللقطة ، فإنها أمانة في الحال ، وولاية بإثبات [2] اليد ، وكَسْبٌ بالإضافة إلى ثاني الحال ، فيثبت جواز الالتقاط لكل مسلم حر مكلف عدل .

والنظر في : الكافر ، والرقيق ، والصبي ، والفاسق .

أما الكافر : فهو من أهل الالتقاط ، قطع به المراوزة .

وذكر العراقيون وجهين ، وكأنهم [3] رأوا ذلك تسلطًا في دار الإسلام ، كالإحياء ، إذ [4] لم يَرَوْه من أهل الأمانة [5] / . ١٢٦/أ

أما الفاسق : فلا يجوز له أَخْذُه [6] ، فإن أخذه [7] فهل يصح التقاطه لإفادة الإحكام ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا ؛ لأنه أمانة في الحال ، وفيه شبهة [8] الولاية ، والفاسق لا يُليه الشرع الأمانات [9] .

والثاني : نعم ؛ لأن مآلَه التملكُ - وهو مقصودُه [10] - والفاسق [من] [11] أهل الاكتساب .

---

(١) في (أ) : « المشابهة » . (٢) في (أ) : « في إثبات » .

(٣) في (أ) : « فكأنهم » . (٤) في (أ) : « أو » .

(٥) قال في الروضة : « يُمَكَّن الذِمِّيّ من الالتقاط في دار الإسلام على الأصح ، وقيل : قطعًا » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٧) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٢٩) .

(٦) قال في الروضة : « أما الفاسق ، فقطع الجمهور أنه يُكْرَه له الالتقاطُ ، وأما قول الغزالي : إنْ عَلِمَ الخيانةَ حَرُمَ الالتقاطُ ، وقوله في « الوسيط » : الفاسق لا يجوز له الأخذ ، فمُخالف لما أطلقه الجمهور من الكراهة » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩١) .

(٧) في الأصل ونسخة (ب) : « أخذ » ، والمثبت من (أ) . (٨) في (أ) : « شبه » .

(٩) في الأصل ونسخة (ب) : « أخذ » ، والمثبت من (أ) .

(١٠) في (أ) : « مقصود » . (١١) زيادة من (أ) .

التفريع : إن قلنا إنه ليس أهلًا ، فلو التقطه فهو غاصب ، ولو عَّرف لم يمتلك ، ولو تلف في يده ضمن .

وفي انتزاع القاضي من يده وجهان ، كما في انتزاعه من يد الغاصب .

ووجه المنع : أنه مضمون في يده ، ويكون في يد القاضي أمانة .

ثم في براءته عن الضمان عند الانتزاع وجهان (١) .

وفي جواز الانتزاع لآحاد الناس احتسابًا ، وفي براءة الغاصب به (٢) وجهان مرتبان ؛ وأولى بالمنع ؛ لأن النظر للغائب يليق للقضاة .

وإن فرعنا على أنه أهلُه ، فهو كالعدل ، حتى يملك بعد المدة ، ويتلف أمانة في يده .

ولكن القاضي ينزع من يده ؛ أو ينصِّب عليه رقيبًا ؟ فيه وجهان ؛ لأن النظر للمالك في أن لا يهمل إلا بانتزاع أو مراقبة (٣) .

أما الرقيق : ففيه (٤) أيضًا قولان (٥) ؛ لأنه أهل الكسب لا من أهل الأمانة والولاية .

فإن قلنا : ليس من أهله ، فهي في يده مضمونةٌ إن تلف تعلقت (٦) القيمة برقبته ،

---

(١) الأقْيَس من هذين الوجهين : البراءة عن الضمان ؛ لأنّ يد القاضي نائبة عن يد المالك . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٣) .

(٢) قوله : « به » ليس في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « فعلى المذهب ، هل يُصَرّ المالُ في يده ؟ قولان :

أظهرهما : لا ، بل يُنتزع منه ويوضع عند عدل .

والثاني : نعم ، ويُضمُّ إليه عَدْلٌ يُشْرِف عليه . وعن ابن القطان وجه : أنه لا يُضَمُّ إليه أحدٌ » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٣) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « وفيه » ، والمثبت من (أ) .

(٥) أظهر هذين القولين : أنه لا يصح التقاط الرقيق . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٨) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣٠) .

(٦) في (أ) : « تعلق » .

وإن [١] فضلت قيمته فلا يطالب السيد به إن لم يعلم . وإن علم ولم ينزع [٢] من يده ؟

نقل المزني : أنه يطالب ، وكأن يَدَه يَدُ السيِد بعد علمه . ونقل الربيع : أنه لا يطالب وهو الأصح ، كما لو أذن له في الإتلاف ، وكما لو لم يعلم [٣] .

[و] [٤] أما الانتزاع من يده ، فللسيد أن يُطالب القاضي بإزالة يده ؛ ليخرج عن ضمان عبده ، فجواز الانتزاع [٥] والبراءة من الضمان هاهنا مرتب على الفاسق ، وأولى بالجواز لغرض السيد .

أما السيد لو أراد أن يأخذه على قصد الالتقاط ، أو الأجنبي أراد ذلك ، قال العراقيون : هو جائز ، وكأنه يُعَدُّ في مضيعة ؛ إذ (٦ هو ليس ٦) أهلًا ، فكأنه لم يلتقط بَعْدُ .

وفيه نظر ؛ لأنه وَقَع في محل (٧ مضمون ، والالتقاطُ هو الأَخْذُ من محل مضيع ، ولكنه ينقدح خلافٌ في أنه هل تحصل ٧) البراءة بانتزاعه كما في الأجنبى ؟ وها هنا أولى بالمنع ؛ لأنه ليس يتمحض حَسْبُه ؛ إذ له فيه غرض .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) : « ينتزع » .

(٣) علّق النووي على الإمام والغزاليّ لأنهما نسبا قولَ المزني إلى الربيع ، وقول الربيع إلى المزني ، فقال في الروضة : « الحال الثالث : أن لا يأخذه ، ولا يُقره ، بل يهمله ويعرض عنه .

فنقل المزني : أنّ الضمانَ يتعلّق برقبته العبد كما كان ، ولا يُطَالب به السيد في سائر أمواله ، لأنه لا تعدِّيَ منه ولا أَثَرَ لعِلمه ، كما لو رأى عبده يُتْلِفُ مالًا فلم يمنعه ، ونقل الربيع تعلقه بالعبد ويجمع أموال السيد وعكس الإمامُ والغزاليُّ ، فَنَسَبَا الأولَ إلى الربيع ، والثاني إلى المزني . والصوابُ المعتمدُ ما سبق » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٥) ، وانظر نقل الربيع في الأم : (٣ / ٢٨٩) .

قلت : وأظهر القولين : تعلُّقُ الضمانِ بالعبد وسائر أموال السيد . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٥) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « الإنزاع » .

(٦) في (أ) : « ليس هو » .

(٧) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

فرع : لو عتق [العبد] [1] بعد الالتقاط ، فقد تردد الشيخ أبو محمد في أن طرآن الحرية على دوام اللقطة هل يصح اللقطة حتى يفيد حكمها ؟ وهو محتمل .

أما إذا قلنا : هو [2] أهل الالتقاط ، فإن عَرَّفَ وتملك بإذن السيد صحّ وحصل[3] الملكُ للسيد ، وإن استقل به [4] ففيه وجهان [4] [5] كما في شرائه ؛ لأنه تملك بعوض ، وأولى بالفساد ؛ لأن البائع راضٍ بذمته فلا يطالب السيد ، وها هنا الملتقط يتبع مَنْ له الملك ، فيعرضه للمطالبة .

فأما الضمان : فإن تلف قبل مضي المدة فأمانةٌ ، وإن تلف بعد مضيّ [6] المدة والتملك ، فمضمونٌ على السيد إن أذن في التملك ، وكذلك إذا [7] أذن في قصد التملك ، وبعد لم يجز التملك ؛ لأنه مأخوذ على جهة التملك [8] ويتعلق بذمة العبد أيضًا ، لكونه في يده .

وفيه وجه : أنه لا يتعلق بالسيد ، كما لو أذن في الغصب ، وهو ضعيف ، بل تشبيهُه بالإذن في الشراء أولى .

وإن لم يكن أَذِنَ السيدُ فيه فيتعلق بذمة العبد ولا يتعلق برقبته ؛ لأنه لا جناية منه ، وهو أمانة ، وقد تلف بآفة سماوية .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « إنه » .

(٣) في (أ) : « وجعل » .

(٤) في (أ) : « فوجهان » .

(٥) المذهب : أنه لا يجوز تملكُه بغير إذن السيد ، وقيل : وجهان . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٥) .

(٦) قوله : « مُضي » ليس في (أ) .

(٧) في (أ) : « إن » .

(٨) في (أ) : « التملك » .

وفيه وجه : أنه يتعلق برقبته ، (لأنه وجب بغير رضا مستحقه .

أما إذا أتلفه العبد بعد المدة ، فالظاهر أنه يتعلق برقبته) [1] ، وذكر صاحب التقريب وجهًا : أنه يتعلق بذمته ، كما لو [2] أتلف المبيع ، كأن [3] ذلك تسليط من المالك ، وهذا تسليط [4] على المالك [5] من الشرع .

فرعان :

أحدهما : المكاتب ، نَصَّ أنه كالحرّ [6] . فمنهم مَنْ قطع به لأنه أهل الاستقلال ، ومنهم من طرد القولين [7] . فإن قلنا : إنه أهلُه ، فإنْ عَرَّف مَلَك بِنفسِه [8] . وإن قلنا : ليس أهلًا فالسلطانُ ينتزعه [9] من يده ، وليس للسيد ولايةُ الانتزاع إلا كما للآحاد ؛ لأنه لا يَدَ له على كسبه .

الثاني : مَنْ نصفُه حُرٌّ ونصفُه رقيقٌ نصّ أنه كالحرّ [10] ، ومنهم من طرد القولين [11] فإن قلنا : إنه أهل [12] كالحر ، ولم يكن مهايأة ، فهو مشترك بينهما كسائر

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) قوله : « لو » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « تسلطًا » .

(٥) في (أ) : « المالك » .

(٦) انظر : الأم : (٣ / ٢٨٩) ، مختصر المزني : (٣ / ١٢٨) .

(٧) وهذا الطريق هو الأصح عند الجمهور ، ثم الأظهر باتفاق الأصحاب : صحة التقاط المكاتب . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٧ ، ٣٩٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٨ ، ٤٠٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣١) .

(٨) في (أ) : « لنفسه » .

(٩) في (أ) : « ينزعه » .

(١٠) انظر : الأم : (٣ / ٢٨٩ ، ٢٩٠) ، مختصر المزني : (٣ / ١٢٨) .

(١١) المذهب المنصوص : صحةُ التقاطِ مَنْ نصفه حُرٌّ ونصفهُ رقيقٌ . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٩٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣١) .

(١٢) في (أ) : « أهله » .

أكسابه ، وكما لو اشترك رجلان في اللقطة.

وإن كان بينهما مهايأة ، وقلنا : إن الكسب النادر لا يدخل في المهايأة فمشترك .

وإن قلنا : يدخل ، فهو لمن وقع في نوبته ، ويرعى قيمة [١] فيه يوم الالتقاط أو مضي مدة التعريف ؟ فيه احتمال [٢] .

أما الصبي : ففي التقاطه قولان كما في العبد [٣] .

وقطع العراقيون بأنه أهل الالتقاط ، وطردوا ذلك في المجنون وكلِّ محجورٍ عليه لأنه أهل الاكتساب [٤] .

فإن قلنا : إنه أهله ، انتزعه [٥] الولي [٦] من يده ، ثم يتملك له بعد مضي المدة .

وإن قلنا : ليس أهلًا ، فهو في يده بغير حقٍّ ، فلينتزع من يده .

فإن أتلفه الصبيُّ ضمنَه ، وإن [٧] تلف بآفةٍ سماوية (٨ فيلزمه الضمان أيضًا .

وإن قلنا : إنه أهله ، وتلف [٩] بآفة سماوية في يده ١٠) فوجهان ، لأنه ليس أهلًا للأمانة [١١] .

---

(١) قوله : « قيمة » ليس في (أ) .

(٢) الصحيح المعروف : أن الاعتبار بوقت الالتقاط . انظر الروضة : (٥ / ٣٩٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٠٩) .

(٣) قال في الروضة : « التقاط الصبي فيه طريقان كالفاسق . والمذهبُ صحتُه كاحتطابه واصطياده » . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤٠٠) .

(٤) في (أ) : « للاكتساب » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « انتزاع » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « الولد » .

(٧) في (أ) : « فإن » .

(٨) - (١٠) ما بين القوسين : ليس في (ب) .

(٩) في (أ) : « فتلف » .

(١١) أصحُّ هذين الوجهين : أنه لا ضمانَ عليه . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٠) .

ولو أُودع [(١)] عند الصبيِّ شيء فَتلف لم يضمن .

وإن أتلف فوجهان بالعكس من اللقطة ؛ لأنه تسليط من المالك . ثم لو علم الولي بذلك ولم ينتزع من يده حتى تلف ضمن الولي بتقصيره ، فإنه ملتزم حفظه عن مثل ذلك .

الركن الثالث : فيما يُلْتَقط .

وهو كلُّ مالٍ مُعَرَّضٍ / للضياع وُجِدَ في عامرٍ من الأرض أو غامرها [(٢)] ، فإن كان ١٢٦/ب حيوانًا ، نُظِرَ : فما يَمْتنع عن صغار السباع كالإبل - وفي معناه البقر والحمار - لا يجوز التقاطهُ ، وما لا يمتنع كالشاة والفصيل والجحش جاز التقاطه ؛ لِما رُوي أنه ﷺ سُئل عن اللقطة ، فقال : « أعرف غفاصها ووكاءَها ، وعَرِّفْهَا سنةً ، فإن جاء صاحبُها ، وإلا فهي لك » . فسئل [(٣)] عن ضالة الشاة ، فقال : « هي لك أو لأخيك أو للذئب » . فسئل عن الإبل ، فغضب حتى احمرَّتْ وجنتاه وقال : « مالك ولها ، معها سقاؤها وحذاؤها ، تَرِدُ الماءَ ، وتأكل الشجر ، ذَرْهَا [(٤)] حتى يلقاها ربُّها » [(٥)] . هذا إن وجد في الصحراء [(٦)] . فإن وجد الحيوان في العمران ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه كالصحاري ؛ لعمومِ الخبر ، فيفرق بين الصغير والكبير .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « أدع » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « غامر » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « وسُئل » . (٤) في (أ) : « دعه » .

(٥) الحديث أخرجه البخاري : (٥ / ٩٦) (٤٥) كتاب اللقطة (٢) باب ضالة الإبل (٢٤٢٧) ، ومسلم : (٣ / ١٣٤٦ - ١٣٤٨) (٣١) كتاب اللقطة الباب الأول (١٧٢٢) ، وأبو داود : (٢ / ١٣٨) (١٣) كتاب الأحكام (٣٥) باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم (١٣٧٢) ، وابن ماجه : (٢ / ٨٣٦) (١٨) كتاب اللقطة (١) باب ضالة الإبل والبقر والغنم (٢٥٠٤) ، والبيهقي في معرفة السنن والآثار : (٩ / ٧٥ ، ٧٦) حديث رقم : (١٢٣٩٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٣) حديث رقم : (١٣٣١) .

(٦) في (أ) : « الصحاري » .

والثاني : [أنه][1] يلتقط الكل ؛ إذ تتناولُها[2] أيدي الناس ، بخلاف ما في الصحراء[3] .

والثالث : أنه لا يلتقط لا الصغير ولا الكبير ، فإنه لا يخاف الصغير ها هنا من السباع ، بخلاف الصحراء .

فإذا قلنا : لا يلتقط البعير - فإذا أخذه[4] ثم تركه على مكانه لم يخرج من ضمانه .

فرعان :

أحدهما : استثنى صاحبُ التلخيص البعير الذي وُجِدَ[5] في أيام مِنى ، وقد قُلِّد الهَدْى ، وقال : جاز[6] أَخْذُه وذَبْحُه ؛ اعتمادًا على العلامة .

ومن أصحابنا مَنْ خَرَّجَ ذلك على أن البعير إذا وُجِدَ مذبوحًا وقد غُمِس منسمُه في دمه هل يجوز أن يؤكل اعتمادًا على هذه العلامة ؟ وها هنا أولى بالمنع ، إذ لا يَبْعُدُ شرودُ البعير من صاحبه ، فلا يرضى صاحبُه بنحرِ غيرِه .

الثاني : إذا وجد كلبًا التقطه ، واختص بالانتفاع به بعد التعريف ، فإن الانتفاع به كالملك[7] في غيره .

وفيه احتمال من حيث إنه اختصاصٌ بغير ضمان فيكاد يخالف موضوعَ اللقطة .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « يتناولها » .

(٣) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٤٠٣) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٠) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٤٣٤) .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « أخذ » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « يوجد » .

(٦) في (أ) : « تجوز » .

(٧) في (أ) : « كالانتفاع » .

الباب الثاني : في أحكام اللقطة

وهي أربعة :

الأول : الضمان :

وذلك يختلف بقصدِه ، فإن التقط على قَصْدِ أن يحفظه [١] لمالكه أبدًا فهو [٢] أمانةُ في يده أبدًا ، وإن قصد أن يختزل في الحال فهو مضمونٌ عليه أبدًا .

وإن قصد أن يتملكها بعد السنة فهو في السنة أمانةٌ ، لو تلف لا ضمانَ ، فإذا مضت السنة فهو مضمون [عليه] [٣] وإن لم يتملك ؛ لأنه صار ممسكًا لنفسه بالقصد السَّابق ، فهو كالمأخوذ على جهة السَّوم .

وإن لم يقصد شيئًا من ذلك وأَطْلق الأخْذَ ، فإن غلب مشابعُ الأمانةِ فلا ضمانَ ، وإن غلبنا [٤] مشابه الكسب ضمناه .

فرع :

إذا قصد الأمانة أولًا ، ثم تعدَّى بالفعل فيه ضمن .

وهل يضمن بمجرد قصد الخيانة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا كالمودَع لا يضمن بمجرد القصد [٥] .

والثاني : يضمن ؛ لأن المودع مُسَلَّط عليه من جهة المالك .

والأصلُ : أن إثبات اليد على مال الغير بغير إذنه مُضَمَّنٌ إلا عند قصد الأمانة .

---

(١) في (أ) : « يحفظ » .

(٢) في (أ) : « فهي » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « غلب » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٤٠٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣٨) .

ولهذا قطعنا بأن الملتقط على قصد الخيانة في الابتداء يَضْمن ، وفي المودع إذا قصد الخيانة عند الأخذ وجهان [١] .

ثم مهما صار ضامنًا ، فلو أنفق [٢] التعريف لم يكن له التملك [٣] ، فإنه جُوّز ذلك عند وجود الأمانة . وفيه وجه آخر : أنه يتملك ؛ إذ العدوان لم يكن في عَيْنِ السبب وإنما كان في قصده ولم يتصل به تحقيقٌ .

الحكم الثاني : التعريف .

وفيه طرفان :

الأول : فيما يُعَرَّف : ويجب ذلك [٤] سنةً في كل مُلْتَقَطٍ ، إلا ما قَلَّ ، أو تسارعَ الفسادُ إليه .

أما القليل : فما لا يُتَمَوَّل ، كالزبيبة الواحدة لا تُعرَّف [٥] أصلًا ، وما يتمول يُعَرَّف ، ولكن لا يجب تعريفُه سنةً .

والأصح : أنه لا حدَّ له بتقدير ، بل ما يعرف أنه يَفْتُرُ صاحبهُ عن [٦] طلبه على القرب .

ومنهم من قدَّر بنصاب السرقة ؛ لأن ما دونه تافِه شرعًا .

ومنهم من قال : الدينار فما دونه قليل ؛ لما روي أن عليًا - رضي الله عنه - وَجَدَ

---

(١) قال في الروضة : « ولو أخذ الدراهم ليصرفها إلى حاجته ، أو الثوبَ لِيَلْبَسَه ، أو أخرج الدابة ليركبها ، ثم لم يَسْتعمل ضَمِنَ ؛ لأن الإخراجَ على هذا القصدِ خيانةٌ . ولو نوى الأخْذَ لنفسه فلم يأخذ لم يضمن على الصحيح . وقول الأكثرين ، وضمَّنه ابن سريج . انظر روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٤) .

(٢) في (ب) : « اتفق » .

(٣) في (أ) : « التمليك » .

(٤) قوله : « ذلك » ليس في (أ) .

(٥) في (أ) : « تُعرَّف » .

(٦) في (أ) : « في » .

دينارًا فذكره لرسول الله ﷺ فأمره باستنفاقه [1] .

ثم ما رأيناه قليلًا ، ففي قَدْر التعريف ثلاثة أوجه :

أحدها : مره واحدة ؛ إذ لا ضَبْطَ للزيادة ، ويدل عليه أَثَرُ عليّ – رضي الله عنه – ، فإنّ إظهاره [2] لرسول الله [2] ﷺ كان كافيًا .

والثاني : أنه القدر الذي يوازي طلب [3] المالك ومداومته عليه [4] .

الثالث : أنه يُقَدَّر بثلاثة أيام حذرًا من الجهالة .

أما ما يتسارع إليه الفساد – كالطعام وأمثاله – فإن وجده في الصحراء جاز له أن يتملكه أو يأكله قبل التعريف ؛ لقوله – عليه السلام – : « من التقط طعامًا فَلْيأكله » [5] .

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود : (٢ / ١٤١) كتاب اللقطة (١٧١٤ ، ١٧١٥ ،) ، والشافعي في الأم : (٣ / ٢٨٩) كتاب اللقطة – باب اللقطة الكبيرة عن عطاء بن يسار عن على بن أبي طالب – رضي الله عنه – أنه وجد دينارًا على عهد رسول الله ﷺ فذكره للنبي ﷺ فأمره أن يعترف فأمره أن يأكله ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرمه ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ١٨٧) كتاب اللقطة – باب اللقطة يأكلها الغني والفقير ... ، ومعرفة السنن والآثار : (٩ / ٧٩ ، ٨٠) ، حديث رقم : (١٢٤١٤) ، وعبد الرزاق في مصنفه حديث رقم : (١٨٦٣٦ ، ١٨٦٣٧ ، ١٨٦٣٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ٧٥) حديث رقم : (١٣٣٥) .

(٢) في (أ) : للنبي » .

(٣) في (أ) : « طلب » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤١٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٤) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٤١) .

(٥) الحديث ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير : (٣ / ٧٥) حديث رقم : (١٣٣٦) وقال : هذا حديث لا أصل له ، قال المصنف في « التهذيب » : هذا اللفظ لا ذكر له في الكتب . نعم قد يوجد في كتب الفقة بلفظ أنه قال : من وجد طعامًا أكله ولم يُعَرِّفْه ، قال : والأكثرون لم ينقلوا في الطعام حديثًا ، بل أخذوا حكم ما يَفْسد من الطعام من قوله ﷺ : « إنما هي لك أو لأخيك أو للذئب » وعكس الغزاليُّ القضية فجعل الحديثَ في الطعام ، ثم قال : وفي معناه الشاةُ ، وقال ابن الرفعة : لم أره فيما وقفتُ عليه من كتب أصحابنا .

وتَلْحق الشاةُ بالطعام (١ فإنها مطعومة ١) ، ولا تبقى بغير نفقته له (٢) ، ولا نفقةَ لها (٣) .

ولقوله ﷺ : « هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب » . ولم يأمر بالتعريف .

وفي إلحاق الجحش وصغار الحيوانات التي لا تُؤكل بالشاة وجهان :

أحدهما : نعم ، لأنه لا تبقى دون العلف .

والثاني : لا ؛ لأن حكم المطعوم أسهلُ ، وقد وَرَدَ الخبر في الطعام والشاة (٤) .

ثم إذا أكل أو تملك ، ففي وجوب التعريف بعده وجهان :

أحدهما : يجب ؛ حذرًا من الكتمان (٥) .

والثاني : لا ؛ لعمومِ الخبر ، ولبُعْدِ وجود المالك فيما الْتُقِطَ من الصحراء .

أما إذا وجد الطعام في عمران (٦) ، ففيه وجهان (٧) (٨) :

أحدهما : أنه كالصحراء ؛ لعموم الخبر .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « فإنه مطعوم » ، والمثبت من (أ) .

(٢) قوله : « له » ليس في (أ) . (٣) في (أ) : « له » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٣) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤١١) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٠) .

(٦) في (أ) : « العمران » . (٧) في (أ) : « فوجهان » .

(٨) قال في الروضة : « وإن وجده في بلدة أو قرية ، فطريقان :

أحدهما : على قولين ، أحدهما : ليس له الأكل ، بل يبيعُه ويأخذ ثمنَه لمالِكه ؛ لأنّ البيع متيسر في العمران .

والثاني – وهو المشهور – : أنه كما لو وجد في بريّة .

والطريق الثاني : القطع بالمشهور » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١١) ، مغني المحتاج : ((٢ / ٢١٠) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٣٦) .

والثاني : أنه يلزمه أنْ يبيعه ، فإن ثمنه قابلٌ للبقاء ، فيكون بدلًا عنه ، وفي الصحراء يعجز عنه (1) .

فإن قلنا : يبيع ، فيتولاه بنفسه إن لم يجد قاضيًا .

وإن وجد ففي جواز استقلاله بالبيع وجهان :

وجه الجواز : أنه له نوعُ ولايةٍ بسبب الالتقاط ، ثم مهما / حصل الثمنُ سلك به ١٢٧/أ مسلكَ عَيْنِ اللقطة في الضمان والتملك وغيره .

وإن قلنا : يأكل ثم يُعرِّف بعده ، فهل يلزمه تمييز قيمته ليعتمد التعريف موجودًا ؟ فيه وجهان (2) .

فإن قلنا : يميز ، فلا يتعين له إلا بقبض القاضي ، ثم لا يصير ملكًا (3 لرب اللقطة 3) ، ولكن فائدته أن يقدم المالك به (4) على الغرماء (5) عند إفلاسه ، ويمتنع فيه تصرف الملتقط ، ويتلف (6 في يده أمانة 6) .

وإذا لم يظهر حتى مضت المدة ، فالأشهر أنه لا يرتفع الحجر ، بل يحفظه (7) أبدًا (8) لمالكه لأنه بدل اللقطة لاعينها (9) ، ويحتمل أن يرتفع الحجْر كما (10 لم يُميّز 10) .

---

(1) وأصحّ هذين الوجهين : أنه يجب استئذان القاضي . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٠) .

(2) وأصح هذين الوجهين : أنه لا يلزمه . انظر الروضة : (٥ / ٤١١) .

(3) في (أ) : « للملتقط له » .

(4) قوله : « به » ليس في (أ) .

(5) في الأصل ونسخة (ب) : « الغرماء » ، والمثبت من (أ) .

(6) في (أ) : « أمانة في يده » .

(7) في الأصل ونسخة (ب) : « يحفظ » ، والمثبت من (أ) .

(8) قوله : « أبدًا » ليس في (أ) .

(9) في الأصل ونسخة (ب) : « عينه » ، والمثبت من (أ) .

(10) في (أ) : « لو تميز » .

الطرف الثاني : في كيفية التعريف :

وفيه مسائل :

الأولى : وقتُ التعريفِ : عقبُ الالتقاط ، وإن عزم على التملك بعد سنة ، وإن لم يَعْزِم على التملك أصلًا أو عَزَمَ بعد سنتين [1] فهل يلزمه التعريفُ في الحال ؟ فوجهان :

أحدهما : لا ؛ لأن التعريف تعب في مقابلة ثمرة الملك .

والثاني : يجب ؛ لأن المقصود وصول الحق إلى مستحقّه ، وفي تأخيره إضرارٌ بالكتمان [2] .

فإن قلنا : يجب البدار ، فبالتأخير يصير ضامنًا .

ثم ينبغي أن يعرف في الابتداء ، في كل يوم ، ثم في كل جمعة ، ثم في كل شهر ، والمقصود : أن يعرف أن الأخير تكرار الأول .

الثانية : مكانُ التعريف : مكانُ الالتقاط إن كان في عمارة ، فإن سافر فَلْيُوكِّل غيره بالتعريف .

وإن التقط في صحراء [3] فلا يتعينً عليه بلدٌ ، ولكن ليعرِّفه [4] في البلد الذي ينتهي إليه ويقصده ، فإن الإمكانَ في سائر البلاد على وتيرةٍ واحدة .

الثالثة : ينبغي أنْ يذكر بعضَ أوصاف اللقطة في التعريف ، كالغطاص والوكاء ؛ ليكون تنبيهًا للمالك . وهو استحباب أو وجوب ؟ فيه خلاف .

الرابعة : مؤنةُ [5] التعريف لا تلزمُه ، أعني : أجرة المعرِّف إنْ قَصَد حفظَه أمانةً

---

(١) في (أ) : « سنتين » .

(٢) وهذا الوجه هو الأقوى والمختار . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٩) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١١ ، ٤١٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٣٤٧ ، ٣٤٨) .

(٣) في (أ) : « الصحراء » .

(٤) في (أ) : « يعرفه » .

(٥) في (أ) : « مؤنة » .

أبدًا . وإن قصد التملك ولم يظهر المالك فالمؤنةُ عليه . وإن ظهر المالك فقد أطلق العراقيون أنه على الملتقط ؛ لأنه يَسْعَى لنفسه [١] . وفيه احتمال ؛ لأن التعريف طلب المالك ، فهو سَعْيٌ في الحال [له] [٢] لاسيَّما إذا ظهر .

وإذا [٣] قلنا : ليس عليه ، فالقاضي يُسلِّم من بيت المال أو من عين اللقطة .

فرع :

إذا كانت اللقطة جحشًا ، وقُلنا : يجب تعريفه بخلاف الشاة . فليس ذلك على الملتقِط قطعًا ، وإنما هو كنفقة الجمال عند هرب الجمال ، فإن مسَّت الحاجة إلى بيع جزءٍ منه فعل ذلك .

قال الشيخ أبو محمد : إن كان كذلك فسيأكل نفسه فيلحق [٤] بقبيل ما يتسارع الفساد إليه .

الحكم الثالث : التملُّك بعد مضيّ المدّة .

وهو جائز إذ لم يقصد الخيانة ، وفيه أربعة أوجه :

أحدها : أنه يحصل بمجرد مُضِيِّ السنة ، فإنه قصد بالالتقاط الملك عنده .

الثاني : أنه لابدَّ من لفظ ، فمجرد القصد فقط لا يؤثر ، وما مضي عزم لا قَصْدٌ [٥] .

والثالث : أنه يكفي تجديدُ قَصْدٍ عند مُضِيِّ السنة .

والرابع : أنه لابد من تَصَرُّفٍ يُزيل الملكَ ، فإنّ فِعْلَه وقَوْلَه لا يزيد على الاستقراض ، وثَمَّ [٦] لا يملك إلا بالتصرف على قول .

---

(١) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤٠٨) ، مغني المحتاج : (٥ / ٤٤١) .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) في (أ) : « فإن » .

(٤) في (ب) : « فيلتحق » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤١٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٥) .

(٦) في (أ) : « ثم » .

فرع :

إذا وجد لقطة في مكة ، ففيها [1] وجهان :

أحدهما : [أنه] [2] يتملك ، كسائر البلاد .

والثاني : لا ؛ لقوله ﷺ : « إن اللّه حرَّم مكة ، لا ينفر صيدها ، ولا يعضد شجرها ، ولا تحل لقطها [3] إلا لمنشدٍ [4] » ، والمراد به منشد على الدوام ، وإلا فأيّ فائدةٍ لتخصيص مكة [5] .

الحكم الرابع : وجوبُ الردِّ إذا ظهر مالكُه [6] .

ويُعْرف ذلك بالبينة ، فإن أطنب في الوصف ، وغلب على الظن صِدْقُه جاز التسليم إليه .

وفي وجوب ردّها دون إقامة البيِّنة خلافٌ :

منهم من أوجب ؛ إذْ تكليفُ البيِّنةِ عُسْرٌ [7] .

ومنهم من قال : ربما يكون قد عرف الوصف بوصف المالك الفاقد [8] .

---

(١) في (أ) : « ففيه » . (٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « لقطتها » .

(٤) الحديث أخرجه البخاري : (٤ / ٥٥) (٢٨) كتاب جزاء الصيد (٩) باب لا ينفر من صيد الحرم (١٨٣٣ ، ١٨٣٤) ، ومسلم : (٢ / ٩٨٧ - ٩٨٩) (١٥) كتاب الحج (٨٢) باب تحريم مكة وصيدها وخلاها .. (١٣٥٣ ، ١٣٥٥) ، وأبو داود : (٢ / ٢١٨) كتاب المناسك باب حرمه مكة (٢٨٧٤ ، ٢٨٩٢) ، وابن ماجه : (٢ / ١٠٣٨) (٢٥) كتاب المناسك (١٠٣) باب فضل مكة (٣١٠٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٢ / ٢٧٩) حديث رقم : (١١٠١) .

(٥) وهذا الوجه هو الصحيح . انظر الروضة : (٥/٤١٢) ، مغني المحتاج : (٢/٤١٧) ، نهاية المحتاج : (٥/٤٤٥) .

(٦) في (أ) : « المالك » . (٧) في (أ) : « عسير » .

(٨) قال في الروضة : « وإنْ أقام بينةً دُفِعَتْ إليه . وإنْ وصفها نُظِرَ ، وإن لم يظن الملتقطُ صدقَه لم يَدْفَعْ إليه على المذهب والمعروف . وحكى الإمام ترددًا في جواز الدفع وإنْ ظَنَّ صِدْقَه جاز الدفعُ إليه ، ولا يجب على هذا المذهب ، وبه قطع الجمهور . ونقل الإمام في وجوبه وجهين » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١٣) .

ولعل الأَوْلى الاكتفاءُ بقولِ عَدْلٍ واحدٍ ؛ لحصولِ الثقة .

فرعان :

أحدهما : إذا سلَّمه إلى الواصف ، فظهر المالك ، فيطالِب الواصِفَ أو الملتقطَ مَنْ شاء منهم ، ويرجع الملتقِطُ على الواصفِ ، إلا إذا كان اعترف له بالملك ، فلا يقدر على الرجوع .

الثاني : إذا ظهر المالك بعد أن تملكه ، فإن تلف ردّ قيمته يوم التملك .

وإن كانت قائمةً ، ففي لزوم ردّ العين وجهان ، كمثله في رجوع المستقرض [١] .

وإن كانت معيبة [٢] فأراد أنْ يردَّها ويضمّ الأرْشَ إليها ، وامتنع المالك وقال : أريد القيمة ، فأيهما يُجاب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : المالك ؛ لأن العين بعد التملك تزاد [٣] للتقريب في حصول الجبر ، وقد فات بالعيب وَجْهُ الجبر .

والثاني : الملتقِط ؛ لأنه لا يزيد على الغاصب ، وللغاصب [٤] ردّ العين مع الأرش [٥] .

ثم إذا ردَّ ، فلو طالب من المالك أجرة [٦] الردّ لم يكن له ذلك إلا إذا كان قد نادى المالك بأنّ [٧] : مَنْ ردَّ لقطتي فله كذا ، فيستحق ما سُمّي على ما فَصَّلْناه في كتاب الجعالة [عقيب الإجارة] [٨] ، والله أعلم .

---

(١) أصح هذين الوجهين : أن للمالك أَخْذَها ، وليس للملتقطِ أن يُلْزِمَه أَخْذَ بدلها . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤١٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٤٤) .

(٢) في (أ) : « معنية » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « يُراد » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « والغاصب » .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١٥) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٦) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٤٤) .

(٦) قوله : « أجرة » ليس في (أ) .

(٧) في (أ) : « أن » .

(٨) زيادة من (أ) .



كتاب اللقيط

وفيه بابان



الباب الأول : في أركان الالتقاط وأحكامه .

فأما [1] الأركان فثلاثة [2] :

الأول : نفس الالتقاط :

وهو عبارةٌ عن أَخْذِ صبيٍّ ضائعٍ لا كافلَ له .

وهو في نفسه فرضٌ على الكفاية ؛ لأنه تعاونٌ على البر ، وإنقاذ عن [3] الهلاك .

وفي وجوب الإشهاد عليه خلافٌ مرتب على الإشهاد على اللقطة [4] وأولى بالوجوب ؛ لأن الاسترقاق مخوف فيه .

ومن الأصحاب من أوجب ذلك على المستور لا على العدل .

ثم إذا شرطناه ، فمهما تركه لم يثبت له ولايةُ الحضانة ، وجائز [5] الانتزاعُ من يده ، وكأنها ولاية / لا تثبت إلا بعد الشهادة . ١٢٧/ب

الركن الثاني : اللقيط :

ولا يُشترط فيه إلا الحاجة إلى كافل .

فإن كان له ملتقِطٌ سَبَقَ إليه ، أو أبٌ ، أو أم ، أو قريب فلا معنى لالتقاطه ، وكذا إن كان بالغًا ، وإن كان دون سِنِّ التمييز فيجب التقاطُه .

وفيما بعد التمييز إلى البلوغ تردد ، فإنه قريب الشبه من الإبل من [6] جملة اللقطة ؛ إذ له نوعُ استقلالٍ [7] .

---

(١) في (أ) : « أما » . (٢) في الأصل : « ثلاثة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « من » . (٤) في (أ) : « باللقطة » .

(٥) في (أ) : « وجاز » . (٦) في (أ) : « في » .

(٧) قال في الروضة : « وفي الصبي الذي بلغ سِنَّ التمييز ترددٌ للإمامِ ، والأوفقُ لكلام الأصحاب : أنه يلتقط ؛ لحاجته إلى التعهد » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤١٨) .

الركن الثالث : الملتقِط .

وأهلية الالتقاط ثابتة [١] لكل حُرٍّ مكلف ، مسلمٍ ، عدلٍ ، رشيد .

أما العبد والمكاتب : فلا يتفرعان للالتقاط [٢] ، فإن التقطا انْتُزِعَ من أيديهما ولا ولاية لهما على الحضانة ، إلا أن يأذن السيد فيكون هو الملتقط ، والعبدُ نائبٌ في الأخذ .

وأما الكافر : فهو أهل الالتقاطِ للكافر لا المسلم [٣] ، فإنه نوعُ ولايةٍ .

نعم ، للمسلم التقاطُ الكافرِ .

وأما الفاسق : فلا يأتمنه الشرعُ .

والمستور : له الالتقاط .

ثم لو قصد المسافرة به منعه القاضي إلا [٤] أن تُعْرَف [٥] عدالتُه .

وأما المبذِّر – وإن لم يكن فاسقًا – : فليس أهلًا لأمانات الشرع .

وأما الفقير : فهو [٦] أهلٌ ، وعلى اللّه رزقُهم .

وذكر العراقيون وجهًا [آخر] [٧] : أنه يُنْتزع [٨] من يده ؛ نظرًا للصَّبي .

فإن قيل : فلو ازدحم ملتقطان ؟

قلنا : أما غير الأهل فلا يُزَاحِم الأهلَ ، كما سبق .

وإن كان كل واحد أهلًا ، فَيُقدم الغنيُّ على الفقير ؛ نظرًا للصبى . والبلديُّ على

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « ثابت » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « للحضانة » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « للمسلم » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « إلى » .

(٥) في (أ) : « يُعرف » .

(٦) في (أ) : « هو » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « ينزع » .

القرويِّ ، ويُقدم القرويُّ على البدويِّ ؛ لما فيه من النظر للصبيّ في اتساع معيشة البلاد وحُسْن الأخلاق فيها .

ولا تُقَدَّم المرأة على الرجل ، وإنْ قُدّمت [الأم] [١] على الأب في الحضانة ؛ لأن الأم أرفقُ من أجنبيةٍ يستأجرها الأبُ ، وها هنا الأجنبية تشتمل الجانبين .

وفي تقديم الظاهر العدالة على المستور خلافٌ :

منهم من قال : لا يُقدم ، كما لا يقدم الظاهر [٢] الثروة على المتوسط ؛ لأن [٣] المستور يزعم أنّ التقصير ممن لم يَطّلع على عدالته .

ومنهم من قال : يُقَدَّم لأن أصلَ العدالة شرطٌ للأهلية ، فظهورُها يُوجِبُ الترجيح [٤] .

فإنْ تساويا في الصفات ، قُدِّم السابقُ على [٥] الآخذ .

وهل يُقَدم السابق [٦] إلى الوقوف [٦] على رأسه قبل الآخذ ؟ فيه تردد ، فإنْ تساويا أُقْرِعَ بينهما ؛ إذ لا سبيلَ إلى القسمة ولا إلى المهايأة ، إذ يستضر الصبيُّ بتبديلِ اليد [٧] بعد الإلف .

وقال ابن أبي هريرة : يُقِرُّه [٨] القاضي في يد مَنْ يراه [٩] منهما .

ولو اختار الصبيُّ أحدَهما : فلا نظرَ إليه إذ لا مستند لميله ؛ بخلاف اختيار الصبي أحدَ الأبوين ، فإن ذلك يستند إلى تجربةٍ وامتحانٍ .

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) قوله : « الظاهر » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « لأن » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح . انظر في ذلك : روضة الطالبين : (٥ / ٤٢٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٠) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « إلى » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « على الوقوف » .
(٧) في (ب) : « الأيدي » .

(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « يرد » ، والمثبت من (أ) .

(٩) في (أ) : « يري » .

فرع :

إذا مسَّت الحاجة إلى القرعة ، فأعرض أحدُهما يُسَلَّم إلى الآخر .

وفيه وجه آخر [١] : أنه لا يجوز ذلك ، بل [٢] يُخْرِج القاضي [٢] القرعةَ باسمه ، فإن خرج عليه أُلْزِمَ فإنه وجب عليه الوفاءُ بالحفظ بعد الأخذ ، وهو بعيد ها هنا .

نعم ، في الدوام ، لو أراد المنفردُ باللقيط أن يردَّه [٣] إلى موضعة لم يَجُزْ .

وإن [٤] سلَّمه إلى القاضي لعجزه : جاز . وإن [٥] تبرم به مع القدرة ففيه وجهان :

ووجه [٦] المنع : أنه فرضُ كفايةٍ ، وقد شرع فيه وقدر عليه فصار متعينًا [٧] .

أما حكم الالتقاط : فهو الحضانة والإنفاق .

أما الحضانة : فواجبةٌ ، وكيفيتها لا تخفى .

ومهما التقط [٨] في بلد لم يجز أنْ يحول إلى بادية ولا [٩] إلى قرية ؛ لأن [١٠] فيه تضييقَ المعيشةِ . ولو التقط [١١] في بادية أو قبيلة ، فنقل إلى البلد : جاز ؛ لأنه أرفق به ، وفيه وجه : أنه لا يجوز ؛ لأنّ [١٢] ظهورَ نَسَبِه في محلّ التقاطِه متوقَّعٌ ، ولو نقل من بلدٍ مثلِه فوجهان :

أحدهما : الجواز ؛ لتساوي المعاش [١٣] [١٤] .

---

(١) قوله : « آخر » ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « القاضي يخرج » .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « يرد » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (ب) : « وجه » .

(٧) وأصح هذين الوجهين : أنّ له التسليم إلى القاضي . انظر : الروضة (٥ / ٤٢١) .

(٨) في (أ) : « التقطه » .

(٩) قوله : « ولا » ليس في (أ) .

(١٠) في (أ) : « فإن » .

(١١) في (أ) : « التقطه » .

(١٢) في (أ) : « إذ » .

(١٣) في (أ) : « المعايش » .

(١٤) وهذا هو المنصوص ، وبه قال الجمهور . انظر : الروضة : (٥ / ٤٢٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤١٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٠ ، ٤٥١) .

والثاني : المنع ؛ لتوقعِ ظهورِ النسب في محل الالتقاط مع (١ اتساع المعيشة في محل الالتقاط ١) .

ولو وجده [٢] في صحراء خالٍ [٣] فله أن ينقله إلى أي [٤] موضعٍ شاء ؛ إذْ سائر المواضِع إما مثلُه أو أصلح منه .

أما الإنفاق : فإن كان له مالٌ فهو من ماله .

وماله بالوصية للقيط ، والوقوف عليه ، والهبة منه ، ويقبلها القاضي ويقبضها [٥] ، أو بأن يُوجَد معه مال مشدود على ثوبه [٦] ، أو فرس مربوط عليه [٧] ، أو يوجد في دار فتكون [٨] الدار له ؛ لأن أصل اللقيط على الحرية ، ومعني اليد الاختصاص .

وإن كان بالقرب منه مالٌ موضوعٌ ، أو بهيمة [٩] مشدودة بشجرة ففيها [١٠] وجهان [١١] . وهو ترددٌ في أنّ هذا القدر ، هل يُعَدُّ اختصاصًا ؟

وإن كان المال مدفونًا تحته فلا اختصاصَ له [١٢] به . فإن وُجِدَ معه رقعةٌ فيها أن المالَ المدفون تحته له ، فالأظهر أنه له ، وفيه وجه : أنه لا تعويلَ على الرقعة [١٣] .

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « وجد » .

(٣) في (أ) : « خالية » .

(٤) قوله : « أيّ » ليس في (أ) .

(٥) قوله : « ويقبضها » ليس في (أ) .

(٦) في (ب) : « لسرته » .

(٧) في (أ) : « إليه » .

(٨) في (أ) : « فيكون » .

(٩) في (ب) : « وبهيمة » .

(١٠) في (أ) : « ففيه » .

(١١) وأصح هذين الوجهين : أنها لا تُجْعل له كما لو كانت بعيدة . انظر الروضة : (٥ / ٤٢٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢١) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٢) .

(١٢) قوله : « له » ليس في (أ) .

(١٣) وهذا الوجه هو الموافق لكلام الأكثرين . انظر : الروضة : (٥ / ٤٢٤ ، ٤٢٥) .

ثم الملتقط ليس له أنْ ينفق ماله عليه بغير إذن القاضي ، فإن فعل ضمن ؛ إذ لا ولايةَ له إلا على نفسِه بالحفظ ، وهل له حِفْظُ مالِهِ دون إذن القاضي ؟ وفيه وجهان .

ووجْه الجواز : أنه تابع للمالك ، وله حفظ المالك [1] .

وإن [2] أنفق بغير إذن القاضي - لأنه لم يجد قاضيًا - وأَشْهد ، فالظاهر : أنه لا يضمن . وإن لم يُشهد فقولان ذكرنا نظيرهما في هرب الجمال .

أما إذا لم يكن له مالٌ ، فلا يجب على الملتقط من ماله بحالٍ ، ولكن ينفق عليه من بيت المال ، فإن [3] لم يكن فيجمع من أهل اليسار من المسلمين ؛ لأنه عيالٌ عليهم ، ثم لا رجوعَ عليه بعده .

ومن الأصحاب مَنْ قال : [إن] [4] القاضي يَسْتقرض إمّا من بيت المال ، أو من موسرٍ يُنفق [5] عليه ، فإن ظهر أن اللقيط [6] عَبْدٌ رجع [7] على مولاه ، وإن ظهر حرًّا [8] موسرًا أو مكتسبًا [9] رجع [10] عليه في كسبه ويساره . وإن كان عاجزًا قضاه من سهم المساكين والفقراء من الصدقات ؛ إذ لا معنى لإلزامه من غير هذه الجهة / ١٢٨/أ

* * *

(١) وهذا الوجه هو الأرجح . انظر : الروضة : (٥/٤٢٧) ، مغني المحتاج : (٢/٤٢١) ، نهاية المحتاج : (٥/٤٥٣) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « إن » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) قوله : « ينفق » ليس في (أ) .

(٦) قوله : « أن اللقيط » ليس في (أ) .

(٧) في (أ) : « يرجع » .

(٨) في (أ) : « أنه حر » .

(٩) في (أ) : « مكتسب » .

(١٠) في (أ) : « يرجح » .

الباب الثاني : في معرفة حال اللقيط

في الإسلام ، والنسب ، والحرية ، وغيرها . (١ وفيه أربعة أحكام ١) .

الحكم الأول : الإسلام :

وهو ينقسم إلى ما يُعْرف بمباشرة ، وإلى ما يُعْرف بتبعيَّة .

أما المباشرة : فيصح[٢] من البالغ العاقل ، ولا يصح من الصبي في الظاهر المذهب ، نعم ، نصّ الشافعي - رضي الله عنه - أنّ صبيّ[٣] الكافرِ إذا وَصَفَ الإسلام حِيلَ بينه وبين أبويه .

فمنهم من قال : هذا محتوم ، وهو حُكْمٌ بصحةِ الإسلام ، فخرّجوا منه قولًا مثل مذهب أبي حنيفة رحمه الله[٤] .

ومنهم من قال : هو استحبابٌ بعد استعطاف الوالدين ، فإنْ أَبَيَا لم نُجْبرهما عليه[٥] .

وقال الأستاذ أبو إسحاق : إذا أضمر الصبيُّ الإسلامَ كما أظهره ، حكمنا له بالفوز في الآخرة ، وإن كنا لا نحكم به لصبيان الكفار ، بسبب تعارض الأخبار ، وعَبَّر عن هذا بأنّ إسلامه صحيح باطنًا لا ظاهرًا .

ومنهم من قال : [إن][٦] إسلامَه موقوفٌ ، فإن أعرب بعد البلوغ عن الإسلام تَبيَّنًا صحتَه من أصله .

أما التبعيَّة ، فلها ثلاثُ وجهاتٍ :

الجهة الأولى : تبعيةُ الوالدين ، فإن حصل العلوق من مسلمٍ ، أو الولادة من مسلمة فالولدُ مسلمٌ قطعًا .

فإن أظهر الكفر بعد البلوغ فهو مرتدّ ، أما إذا انفصل على[٧] الكفر فأسلم أحد

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .
(٢) في (ب) : « فيصبح » .
(٣) في (أ) : « الصبي » .
(٤) انظر روضة الطالبين : (٥/٤٢٩) .
(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤٢٩) .
(٦) زيادة من (أ) .
(٧) في (أ) : « عن » .

أبويه ، حُكم [١] بإسلامه في الحال .

وكذا إسلامِ الأجداد والجدات عند عدم مَنْ هو أقرب منه . ومع وجود الأقرب فيه خلاف ، وأحكامُ الإسلام جاريةٌ على هذا الصبي في الحال .

فإن بلغ وأعرب عن الإسلام : استقر أَمْرُه ، وإن أظهر الكفر فقولان [مرتبان] [٢] :

أحدهما : أنه مرتد ، لا يُقَرُّ عليه ، فلا يُنْقض ما سبق من [٣] الأحكام المبنية على الإسلام ، كالمنفصل من المسلمين [٤] .

والثاني : أنه كافر أصلي ، يُقَرر بالجزية ولا يُجبر على الإسلام ؛ لأن التبعية في الإسلام بعد الانفصال ضعيف ، [و] [٥] إنما حُكِمَ به في الحال بشرط أن يستمر .

فإذا استقل ، فالنظرُ إلى استقلاله أولى .

فعلى هذا ، ما سبق من أحكام الإسلام بعد البلوغ وقبل الإعراب - من إجزاء عتقه عن كفارة ، أو توريثه من مسلم ، أو نكاحه مسلمة - كلُّ ذلك منقوضٌ .

وما سبق في حالة الصَّبي هل يتبيَّن انتقاضُه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما بعد البلوغ [٦] .

والثاني : لا ؛ إذ لو حكمنا [به] [٧] لأوجب ذلك الوقف في [الأحكام للتوقف في] [٨] الإسلام ، بل الحكم بالإسلام مجزومٌ ما دام سبب التبعية قائمًا ، وهو الصَّبي ،

---

(١) في (أ) : « يُحكم » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) : « في » .
(٤) وهذا القول هو المشهور . انظر : الروضة : (٥/ ٤٣٠) ، مغني المحتاج : (٢/ ٤٢٣) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٤٥٧) .
(٥) زيادة من (أ) .
(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٠) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٣) .
(٧) زيادة من (أ) .
(٨) زيادة من (أ) .

وإنما ينقطع بالبلوغ ، فبعد البلوغ يتوقف إلى إعرابه .

فروع على هذا القول :

أحدها : إذا بلغ وجرى تصرفٌ يَسْتدعي الإسلامَ - كعتقٍ عن كفارة [(١)] ، أو موت قريب مسلم - فمات اللقيط قبل أنْ يُعْرِبَ بالكفر أو الإسلام ، ففي نقض التصرف وجهان :

أحدهما : ينقض ، إذ الأصلُ بعد البلوغ الاستقلال ، ولم يستقل يالإسلام ، فكيف يُقَدَّر إسلامه [(٢)] ؟

والثاني : أنه لم يُعرب أيضًا بالكفر ، والإسلام [(٣)] غالب ، وقد سبق الحكم به ، فَيُسْتصحب إلى أن يَظْهر الإعرابُ عن الكفر .

والثاني : لو قتله مسلمٌ قبل البلوغ ، فالقصاصُ لا يمتنع بسبب توهُّمِ الكفر بعد البلوغ .

ولو قُتِلَ بعد البلوغ وقبل الإعراب ؟

فإن قلنا : لو أعرب بالكفر لنقض الأحكام ، فلا قصاص .

وإن قلنا : لا ينقض ، ففيه تردد ، وميلُ النصِّ إلى سقوطه للشبهة .

ونصَّ مع هذا على أن الواجبَ ديةُ مسلمٍ ، وهذا يدل على أن الإسلام مُسْتصحب [(٤)] في سائر الأحكام ، وإنما سقط القصاصُ للشبهة .

الثالث : قال القاضي حسين : إن مات هو قبل الإعراب يرثه حميمه المسلمُ ، وإن مات حميمه المسلم فإرثُه موقوفٌ .

ومعناه أن يقال له : أعرب ، فإن مات قبل الإعراب فينبغي أن نقضي [(٥)] (٦ بتقدير الأول ٦)

---

(١) في (أ) : « الكفارة » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (٥ / ٤٣٠ ، ٤٣١) .

(٣) في (أ) : « فالإسلام » .

(٤) في (أ) : « مستيقن » .

(٥) في (أ) : « تفضي » .

(٦) في (أ) : « بتقرير الإرث » .

عليه ، بناء على استصحاب (١ حكم الإسلام ١) .

الرابع : المجنون إذا بلغ مجنونًا ، فهو كالصبي في جملة هذه الأحكام .

وإن [٢] بلغ عاقلًا كافرًا ، ثم جُنَّ ، ثم أسلم أحدُ أبويه ، ففي التبعية خلاف ، كما في عَوْدِ ولاية المال [٣] .

الجهة الثانية : تبعيّة السَّابي :

فالمسلم إذا استرقّ صبيًّا حُكِمَ بإسلامه تبعًا له ؛ فإن الاسترقاق كأنه إيجادٌ مستأنفٌ .

وإن كان معه أبواه [٤] لم يحكم به ؛ لأنّ تبعية الأبوين أقوى من تبعية السَّابي .

فلو مات بعد ذلك أبواه اطّرد كُفْرُه ؛ لأن النظر إلى الابتداء في تبعية السّابي .

ولو [٥] استرقه ذمي : فالظاهر أنه لا يُحكم بإسلامه .

ثم لو باعه بعد ذلك من مسلم : لا يُحكم بإسلامه لفوات الابتداء .

وفيه وجه : أنه يُحكم بإسلامه ؛ لأنّا نجعل وقوع الصبي في يد المسترق كوقوعه في دار الإسلام ، والذمي كالمسلم في كونه من دار الإسلام ، ثم مهما حكم [٦] بإسلامه تبعًا للسَّابي فبلغ وأعرب بالكفر [٧] ، فحكمه [٨] ما سبق في تبعية الأبويْن .

الجهة الثالثة : تبعيّة الدار :

وكلُّ [٩] لقيط يُوجد في دار الإسلام فهو محكوم بإسلامه ؛ لغلبة الإسلام ، إلا في

(١) في (أ) : « الحكم » .
(٢) في (أ) : « فإن » .
(٣) والأصح : أنه يتبع أبويه . انظر : الروضة : (٤٣٠/٥، ٤٣١) .
(٤) في (أ) : « أبوان » .
(٥) في (أ) : « فلو » .
(٦) في (أ) : « حكمنا » .
(٧) في (أ) : « الكفر » .
(٨) في الأصل ونسخة (ب) : « حكمه » ، والمثبت من (أ) .
(٩) في (أ) : « فكل » .

بلدة كثر الكفار فيها وانجلي [١] المسلمون عنه ، حتى لم يَبْقَ منهم واحد .

وقال أبو إسحاق المرزوي : يُحكم الإسلام ، إذ لا يخلو عن مسلم مُسْتَتِرٍ بالإسلام أمّا ما يوجد في دار الكفر [٢] فهو كافر وإن كانوا [٣] مسلمون يجتازون بها مسافرين . وإن كان فيها سكانٌ من الأسارى والتُّجار ففيه وجهان ؛ لتعارضِ غلبة نسبة [٤] الدار مع تغليب الإسلام [٥] .

ثم هذا الصبي إذا بلغ وأظهر الكفر ؟

منهم من قال : قولان ، كما في تبعية المُسْتَرِقِّ والوالدين .

ومنهم من قطع ها هنا / بأنه كافر أصلي [٦] ؛ لأن تبعية الدار في غاية الضعف ، ثم ١٢٨/ب هؤلاء ترددوا في تنفيذ أحكام الإسلام عليه في الصَّبَي . ومال صاحب التقريب إلى التوقف ، وهذا يعكر [٧] على إطلاق القول بالإسلام .

وأيَّدَ صاحب التقريب هذا ، باختلاف القول في وجوب القصاص على قاتله المسلم، وقال : لا مأخذ له إلا هذا التوقف [٨] .

---

(١) في (أ) : « فانجلى » .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « الكُفَّار » ، والمثبت من (ب) .

(٣) في (أ) : « كان » .

(٤) في (أ) : « نسب » .

(٥) وأصح هذين الوجهين : تغليبُ الإسلام . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٢) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٥٤ ، ٤٥٥) .

(٦) وهذا هو المذهب . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٣) .

(٧) في (أ) : « ينعكس » .

(٨) والأصحّ : أنه لا يتوقف ، بلَ تمضي أحكامُ الإسلام عليه كالمحكوم بإسلامه تبعًا لأبيه .

انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٣) .

فرع :

المحكوم بإسلامه تابعًا للدار ، لو أقام ذميٌّ [(١)] بينةً على نسبه [(٢)] أُلْحِقَ به وتبعه في الكفر ، وتغَيَّرَ ما ظنناه من الإسلام ، وإن استلحق من غير بينة ثبت النَّسب ، وفي الحكم بكفره وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأن تبعية الأب أقوى [من تبعية الدار] [(٣)] والدينُ يتبع النسبَ هاهنا .

والثاني : أنّ ذلك أقوى إذا لم يسبق الحكم ، وأما تسليط الذمي على الاستقلال بإبطال [(٤)] حكمنا ، فبعيد [(٥)] .

الحكم الثاني في اللقيط :

جنايتُه في الصَّبَي وأرشُ خطئه [(٦)] على بيت المال . وإن جُنِيَ عليه خطأ فالأرشُ له . وإن كان موجبًا للقود ، نُظِرَ ، فإن كان في النفس ، فقد اختلف نصُّ الشافعيِّ – رضي اللّه عنه – في القصاص [(٧)] ،أما وجوبه فظاهر ؛ لأنه معصوم مسلم ، وأما إسقاطُه ، فاختلف في تعليله ، فقال الأكثرون : سببه أنه لا وارثَ له ، وأنه يثبت للمجانين والصبيانِ وسائرِ المسلمين ، فكيف يُستوفى ؟ وعلى هذا ، لو قتل مَنْ لا وارث له فلا قصاص ، وكذا كل

---

(١) في (أ) : « الذمّي » .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « نسبة » ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « بإبطلال » .

(٥) قال في الروضة : « اللقيط الموجود في دار الإسلام ، لو ادعي ذمِّيٌّ نَسَبَه وأقام عليه بيِّنةً لَحِقَه وتبعه في الكفر ، وارتفع ما كنَّا نظنُّه . وإن اقتصر على مجرد الدعوى فالمذهبُ أنه مسلم ، وهو المنصوص ، وبه قطع أبو إسحاق وغيره ، وصححه الأكثرون .

وقيل : قولان . ثانيهما : يُحْكم بكفره ، لأنه يلحقه بالاستحقاق . فإذا ثبت نسبه تبعه في الدين كما لو أقام البينة » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٣٥) .

(٦) في (أ) ، (ب) : « خطابه » .

(٧) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٣) .

قصاص خلفه من [لا وارث له] (١) فلا (٢) قصاص عليه (٣) .

وزيَّف صاحبُ التقريب هذا ؛ لأن الاستحقاق لا يُنسب إلى آحاد المجانين والصبيان ، بل إلى جهة الإسلام ، وعلل بأن نص الشافعي – رضي اللّه عنه – يدل على توقُّفِه في الإسلام بتبعية الدار لانتظارِ تغيُّره بعد البلوغ .

[و] (٤) أما إذا قُطع طرفُه ، فعلى طريقة الأصحاب : يجب القصاص لتعين المستحق (٥) . وعلى طريقة (٦) صاحب التقريب يُتوقَّف ، فإن أعرب عن نفسه بالإسلام إذا بلغ تبين الوجوبُ ، وإلا فلا .

هذا إذا كان القاطع مسلمًا ،فإن كان ذميًّا فلا توقف من جهة الإسلام .

فإن قيل : والإمامُ هل يستوفي القصاص ؟

قلنا : إن كان في النفس فيستوفيه إن رآه ، أو يأخذ الدية لبيت المال ؛ إذ لا معنى للتوقف ، ولو مُنع من أخذ البدل لصار القصاص حدًّا .

وإن كان في طرف فالمستحق هو اللقيط ، فلا يستوفيه لأن الولي عند الشافعي – رضي اللّه عنه – لا يستوفي القصاص (٧) .

وحكيِ عن القفال وجه : أن السلطان يَسْتوفي القصاص في طرف المجنون (٨) ؛ لأنه لا يُنْتظر لإفاقته وقتٌ مخصوص .

---

(١) زيادة من (أ) ، ومن نسخة أخرى ، كذا على هامش الأصل .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) قوله : « عليه » ليس في (أ) .

(٤) زيادة من (ب) .

(٥) وهذا هو المذهب . انظر الروضة : (٥ / ٤٣٦) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « طريق » ، والمثبت من (أ) .

(٧) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٣) ، روضة الطالبين : (٥ / ٤٣٦) .

(٨) انظر : مشكلات الوسيط للحموي : (ق ١١٩ / ب) .

وهل للإمام أن يأخذ الأرش في الحال ؟

نُظِرَ ، فإنْ وَجَب لصبي غنيّ فلا ، وإن وجب لمجنون فقيرٍ فيأخذ ؛ للحاجة وعدم الانتظار .

فإن [١] وجب لصبيٍّ فقيرٍ ، أو لمجنونٍ غنيٍّ ، فوجهان ؛ لوجود أحد المعنيين [٢] .

فإن [٣] قلنا : لا يأخذ ، فيحبس مَنْ عليه القصاص إلى الإفاقة والبلوغ ، ولا يُبالى بطول الحبس ، فإنَّ تفويتَ الحقِّ غيرُ ممكنٍ .

وإن قلنا : يأخذ ، فبلغ الصبي وانتهض لطلب القصاص [٤] ففيه وجهان [٤] ، منشؤهما : أن الأخذ للحيلولة ، أم هو إسقاط للقصاص بحكم ظهور المصالح [٥] ؟

ثم قال الأصحاب : ولاية أخذ المال إن جعلناه إسقاطًا فلا يثبت للوصيّ ، وإن جُعل للحيلولة فيثبت له [٦] .

الحكم الثالث : نَسَبُ اللقيط .

وفيه مسائل :

الأولى : إن ظهر إنسانٌ وزعم أنه والده ألحق بمجرد الدعوى ؛ إذ لا منازع ، وإقامةُ البينةِ على النسب عسيرٌ .

نعم . إن [٧] بلغ الصبي وأنكر فهل ينقطع ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ تمَّ الحكم به [٨] .

---

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) والأصح : المنع من أَخْذِ الأرش . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٦) .

(٣) في (أ) : « إن » .

(٤) في (أ) : « فوجهان » .

(٥) والراجح : أن أخذ الأرش إسقاطٌ للقصاص . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٧) .

(٦) قوله : « له » ليس في (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « لو » .

(٨) وهذا هو الأصح . انظر الروضة : (٤ / ٤١٤) ، مغني المحتاج : (٢ / ٢٥٩) ، نهاية المحتاج : (٥ / ١٠٩) .

والثاني : نعم ، كما إذا [(١)] استلحق بالغًا فأنكره ، فإنه لا يثبت . وإن [(٢)] كان المستلْحِقُ هو الملتقط [(٣)] نفسه ، يثبت [(٤)] النسب .

وقال مالك - رحمه الله - : لا يثبت ؛ لأنه لا يَنْبِذُ وَلَدَ نفسِه ، ثم يلتقطه ، إلا إذا كان لا يُعيِنَّ أولاده ، فقد يفعل ذلك [(٥)] تفاؤلًا [(٦)] .

الثانية : لو جاء عبدٌ واستلحقه [(٧)] . نصَّ ها هنا على أنه يلحقه [(٨)] ، ونصَّ في الدعاوى [على] [(٩)] أنه ليس أهلًا ، فقال الأصحاب قولين [(١٠)] : الصحيح : أنه أهل ؛ إذ إمكانُ النسب للرقيق حاصلٌ .

والثاني : لا لأنه يقطع ولاء السيد به [(١١)] عن نفسه [(١٢)] .

ثم الصحيح على هذا : أنّ الحرَّ لو استلحق صبيًّا رقيقًا لَحِقَه .

ومنهم من منع لهذه العلة ، وهو قطع الحر بدعواه ولاء السيد .

الثالثة : المرأة إذا استلحقت ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُلْحق بها كالرجل .

---

(١) في (أ) : « لو » .

(٢) في (أ) : « ولو » .

(٣) في (أ) : « اللقيط » .

(٤) في (ب) : « ثبت » .

(٥) قوله : « ذلك » ليس في (أ) .

(٦) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٤) .

(٧) في (ب) : « فاستلحقه » .

(٨) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٥) .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في الأصل ونسخة (ب) : « قولان » ، والمثبت من (أ) .

(١١) قوله : « به » ليس في (أ) .

(١٢) قال في الروضة : « وإن استلحقه عبدٌ لَحِقَه إنْ صدَّقه السيدُ ، وكذا إن كذَّبه على الأظهر . وقيل : لا يلحق قطعًا . وقيل : يلحق قطعًا إن كان مأذونًا له في النكاح ومضى زمانُ إمكانِه ، وإلا فقولان . والمذهبُ : اللحوق مطلقًا » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٣٤٧) .

والثاني : لا ؛ لأنه لو أُلْحِقَ بها لَلَحِق زوجَها ، وقبولُ قولها على زوجها محالٌ ، والإلحاقُ بها دونه محالٌ [١] .

والثالث : [أنه] [٢] يلحق الخلية دون ذوات [٣] الزوج ، لما ذكرناه .

الرابعة : إذا تداعى رجلان نسبَ مولود . فلا يُقدم حرٌّ على عبدٍ ، ولا مسلمٌ على كافر ، بل يتساويان . نعم . صاحب اليد يُقدم بشرطين :

أحدهما : أن لا تكون يدُه يَد التقاطٍ ؛ فإن يد الالتقاط لا تدل [٤] على النسب ، نعم ، تدل [٥] على الحضانة .

والثاني : أن يكون صاحب اليد قد استلحق من قبل .

فإن لم يُسمع استلحاقُه إلا عند دعوى الثاني ، فوجهان :

أحدهما : لا يُقدم ؛ إذ لا دلالة لليد إذا لم يقارنه استلحاق [٦] .

والثاني : نعم ؛ لأن اليد على الجملة دالة [٧] ، ولعل الاستلحاق كان ولم يبلغنا .

فرعان :

أحدهما : إذا أقام كلٌّ واحد بينةً على أنه ولدُه ، تعارضتا وتهاترتا [٨] ؛ إذ لا سبيل إلى قول القسمة ولا إلى قول الوقف فإنه لا يزيد فائدة .

---

(١) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٣٤٨) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٧) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « ذات » .

(٤) في الأصل ونسخة (ب) : « لا يَدُلّ » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « يَدُلّ » ، والمثبت من (أ) .

(٦) وهذا الوجه الأصح . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٩) .

(٧) في (أ) : « دلالة » .

(٨) في (أ) : « نعم » .

ولا يجري قولُ الإقراع أيضًا ، (إذ النسبُ لا يَثْبت بالقرعة) [1] .

ولو تنازعا في الحضانة ، وأقام [2] كلٌّ واحد منهما بينةً على الالتقاط : فإن شهدت لأحدهما بالسبق / في الالتقاط [3] فهو مقدم في الحضانة ، وإن كنا نتردد في مثله في الإملاك ؛ لأن حق الحضانة لا ينتقل والملك قد ينتقل ، وكذلك لو كان أحدهما صاحب يد ، قُدّمت بينتُه ؛ لأنها [4] دلالة الالتقاط ، كبينة الداخل . ١٢٩/أ

وإن [5] تعارضا من كل وجه ، فإما قول التهاتر ، وإما قول القرعة ، ولا سبيل إلى التوقف والقسمة .

الثاني : إذا بلغ الغلام وقد تعارضت الدعاوى أو البينات [6] : خيرناه بينهما ، وأمرناه بالتعويل على حركة الباطن من جهة الجبلَّة [7] ، لا على محض التشهي .

فإن التحق بأحدهما ثم رجع لم يُمكَّن ، بخلاف الصبيّ المخيَّرِ بين الأبوين ؛ لأنّ ذلك يعتمد الشهوة .

فلو ظهر قائفٌ ، فيقدم قولُ القائف على التحاقه ؛ لأنه أقوى .

وإنْ حَكَم القائفُ ، فقامت بينةٌ [8] على خلافه قُدّمتِ البينةُ ؛ لأنها أقوى من قول القائف .

وفي [9] اختيار اللقيط بعد التمييز وقبل البلوغ خلاف [10] .

---

(١) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « فأقام » .

(٣) في (أ) : « التقاط » .

(٤) في (أ) : « لأنه » .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « والبينات » .

(٧) في الأصل : « الحبلة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٨) في (أ) : « البينة » .

(٩) في (أ) : « ومن » .

(١٠) الصحيح : اشتراطُ البلوغ . انظر : الروضة : (٥ / ٤٣٩) .

الحكم الرابع : رِقُّه وحريته .

وللقيط أربعة أحوال :

الحالة الأولى : إذا لم يَدَّعِ أحدٌ رقَّه .

فالأصلُ فيه الحرية في كل ما يخصه (١) ، ولا يتعلق بغيره فينبني (٢) فيه الأمر (٣) على الأصل (٤) ؛ إذ يحكم له بالملك ، ويصرف ماله (٥ إلى بيت ٥) المال إذا مات .

ولو (٦) جنى فالأرشُ على بيت المال ؛ لأنه (٧ لم يتوقف ٧) في توريث بيت المال منه (٨) ، فكذا في تغريمه ؛ لأنه بإزائه .

أما ما يتعلق بالغير : فإن أتلف متلفٌ ماله (٩) وغرمه [له] (١٠) ؛ إذا (١١) الغرم لابد منه ، ولا أَرَبَ للغارم في مصرفه ، وإن قتله عبدٌ قُتِلَ به .

وإن قتله حُرّ ، فحاصل الخلاف ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يجب القصاص أو الدية ، فإن الأصل الحرية إلى أن يظهر نقيضه ولم يظهر .

---

(١) في (أ) : « فكلما يخصه » . (٢) في (أ) : « فَيُبتنى » .

(٣) في (أ) : « الأمر فيه » .

(٤) قال الحموي : « قوله في باب اللقيط : (إذا لم يَدَّعِ أحدٌ رِقَّه فالأصلُ فيه الحرية : فكل ما يخصّه ولا يتعلق بغيره فينبني الأمر فيه على الأصل) فإن قيل : فأَي فائدةٍ في ذكر الشيخ (إذا لم يدع أحدٌ رقَّه) ومعلومٌ أن الحكم كذلك في دعوى رقه ، فعلى هذا لا فائدة ظاهرة فيه .

قال المصنف : إنما ذكر الشيخُ ذلك احترازًا في وجه ذكره بعض الأصحاب وهو مخصوص بالتقاط الصغير وادعاء رقه فإنه يقبل دعوى الرقّ ، وإذا كان ذلك القيدُ بيانًا لمحلِّ الاتفاقِ دون محل الاختلاف ، وبه خرج الجوابُ » . مشكلات الوسيط (١١٩ / ب) .

(٥) في (أ) : « لبيت » . (٦) في (أ) : « وإن » .

(٧) في (أ) : « لا يتوقف » . (٨) قوله : « منه » ليس في (أ) .

(٩) في (أ) : « متاعه » . (١٠) زيادة من (أ) .

(١١) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

والثاني : أنه تجب الدية دون القصاص ؛ لأن االقصاص يسقط بالشبهة ، وهذه شبهةٌ ظاهرة .

والثالث : أنه يجب أقل الأمرين من الدية أو القيمة ؛ إذ لا تُشْغل [1] الذمة البريئة إلا بيقين ، وقد ذكرنا قولًا في سقوط قصاص مَنْ لا وارث له على التعيين ؛ فذلك القول عائدٌ ها هنا .

وإنما الأوجه الثلاثة تفريعٌ على القول الآخر .

الحالة الثانية : أن يَدَّعيَ [2] مُدَّعٍ لرقِّه بغير بينة .

فإن لم يكن في يده فلا تُقبل دعواه ، وكذا إن كان في يده ، واليدُ يدُ الالتقاط ، لأنَّا عرفنا مستنده .

وفيه وجه : أنه يحكم له بالرق بيد الالتقاط ، كمن وجد ثوبًا في طريق فادعى ملكه .

وهو ضعيف ؛ لأنه لا حقَّ للثوب في الانفكاك عن الملك ، وللصبيِّ حقٌّ فيه .

وإن لم تكن يد الالتقاط [3] ، بل وجدناه في يده ، وهو يزعم أنه رقيقه فهو مُصدَّق ، فإن بلغ الصبيُّ فأنكر [4] ، ففي احتياج السيد إلى البينة وجهان سَبَقَ نظيرهما في النسب [5] .

الحالة الثالثة : أن يُقيم المدَّعي بينةً على الرق مطلقًا .

فحاصلُ المذهب ثلاثةُ أقوال :

أحدها : أنها [6] تُسمع ، كالبينة على الملك [7] .

والثاني : لابُدَّ من ذكر السبب ؛ لأنّ أمر الرِّقِّ خطيرٌ ، وربما عولت البينةُ على ظاهر

---

(١) في (ب) : « يشغل » .

(٢) في (أ) : « يظهر » .

(٣) في (أ) : « التقاط » .

(٤) في (أ) : « وأنكر » .

(٥) وأصحُّ هذين الوجهين : أن السيد لا يحتاج إلى بينة . انظر : الروضة : (٥ / ٤٤٣ ، ٤٤٤) .

(٦) في (أ) : « أنه » .

(٧) وهذا القول هو اختيار المزني ، وهو نصه في (الدعاوى) وفي القديم . انظر روضة الطالبين : (٥ / ٤٤٤ ، ٤٤٥) .

اليد [١] .

والثالث - وهو الأصح - [٢] : أن يد المدعي إن كانت عن جهة الالتقاط [٣] فلا بد من ذكر السبب ؛ لأن [٤] البينة ربما استندت إلى هذه اليد التي لا دلالةَ لها .

وإن لم يكن للمدعي يد ، أو لم يكن له يدُ التقاطٍ سُمعت البينة .

التفريع :

إن قلنا لابد من التقيد ، فالقيد [٥] أن يقول : هذا رقيقي ولدتْه جاريتي المملوكةُ في ملكي وعلى ملكي .

فلو [٦] اقتصر على أنها [٧] ولدته جاريته المملوكة ، فوجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ قد تلد الجارية المملوكةُ ولدًا حرًّا عن وطء بشبهة [٨] .

والثاني : نعم ؛ إذ غرضُ التقيد أنْ يأمن استنادَ البينة إلى ظاهر اليد [٩] .

---

(١) وهذا القول هو الأصح عند الإمام والبغويّ والروياني ، وآخرين . انظر : الروضة : (٥ / ٤٤٥) .

(٢) قال في الروضة بعد أن ذكر القولين السابقين : « قلت : كل من الترجيحين ظاهر ، وقد رجح الرافعي في « المحرر » الثاني . واللّه أعلم . ويجري القولان ، سواء كان المدعي هو الملتقِط أو غيره ، هكذا ذكره الجمهور . وذكر الإمام كلامًا يُتَخَّرج منه ومما ذكره غيره قولٌ : أن البينةَ المطلقة تكفي في غير الملتقط ، ولا تكفي فيه . والمذهبُ : أنه لا فرق » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٤٥) .

(٣) في (أ) : « التقاط » .

(٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « فالمقيد » .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « أنه » .

(٨) في (أ) : « شبهة » .

(٩) قال في الروضة : « وإن شهدوا أنه مِلْكه ولدتْه مملوكتُه ، قال البغوي : يكفي قطعًا .

وإن شهدوا بأن أَمَتَه ولدتْه في ملكه ، قال الأصحاب : يكفي قطعًا . وقال الإمام : لا يكتفى به ، تفريعًا على وجوب التعرض لسبب الملك ، فقد تَلِدُ في ملكه حرًّا بالشبهة وفي نكاح الغرور ، وقد تلد مملوكًا لغيره بأن يوصي بحملها وتكون الرقبة للوارث ، وهذا حَقٌّ » . انظر : روضة الطالبين : (٥ / ٤٤٥) .

ثم لو قيدت البينة الرق بالسبي أو الشراء أو الإرث كان كما لو قيدتْه بالولادة ؛ إذ المقصودُ دَفْعُ حيال الإطلاق .

الحالة الرابعة : أن يَبْلغ اللقيطُ ويُقِرّ على نفسه بالرقّ للمدعي .

نُظِرَ ، فإن لم يَسْبق [1] منه ما يناقض هذا الإقرارَ قُبِلَ قولُه على الصحيح [2] ؛ إذ لم تكن الحريةُ مجزومةً ، بل كان بناءً على الظاهر .

وذكر صاحبُ التقريب قولًا : أنه لا تُقْبل ؛ تفريعًا على أنه لو أعرب بالكفر لم يُجعل كافرًا أصليًا ، مراعاةً لاستصحابِ حكم الإسلام ، وكذا [3] استصحاب أصل الحرية ، وهو بعيد .

أما إذا سبق منه ما يناقضُه ، نُظِرَ : فإنْ سبق إقرارٌ بالحرية قَطع العراقيون والقاضي حسين بأنه لا يُقبل إقراره ؛ إذْ لله - عز وجل - حقّ في حرية العباد ، وقد ثبت بإقراره ، فليس له إبطاله [4] .

وقطع الصيدلاني بالقبول ، كما لو أنكر حق الغير ثم أَقَرَّ ، وكالمرأة إذا أنكرت الرجعةَ ثم أقرتْ .

ولو كان يرعي [5] حقّ الشرع لما قبل إقرار اللقيط ابتداءًا ، وقد حكم بحريته بناءً على الظاهر .

أما إذا سبق إقرارٌ [6] بالرق لإنسانٍ [6] ، فأنكر المُقَرُّ له فأقر بالرق لغيره : حكى العراقيون من نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا يقبل إقراره الثاني ؛ لأنه إذا ردّ إقرارَه الأول عاد إلى يدِ نفسِه ، فكأنه [قد] [7] تَّم الحكم بحريته ، والثاني نقض [8] .

---

(١) في (أ) : « يظهر » .

(٢) وهذا هو المشهور . انظر : الروضة : (٥/ ٤٤٧) ، مغني المحتاج : (٢/ ٤٢٥) ، نهاية المحتاج : (٥/ ٤٦٠) .

(٣) في (أ) : « فكذا » .

(٤) وهذا هو المذهب . انظر الروضة : (٥ / ٤٤٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٥) .

(٥) في (أ) : « يدعي » .

(٦) في (أ) : « الإنسان بالرق » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٨) ، روضة الطالبين : (٥ / ٤٤٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٥) ، نهاية المحتاج : (٥ / ٤٦٠) .

وخرَّج ابن سريج قولًا : أنه يقبل ؛ إذِ الإقرارانِ متوافقانِ [1] على الرقّ ، وإنما الاختلافُ في الإضافة إلى السيد .

أما إذا لم يسبق إقرار ، ولكن سبق تصرفاتٌ تستدعي الحريةَ من نكاحٍ وبيعٍ وغيره ، فهذا لا يمنعه من أن يقر على نفسه (٢ فيقبل إقراره ٢) بالرق .

ويظهر أثره في كل ما [قدر] [3] عليه ، كما إذا لم يسبق التصرف ، وهل يُقبل فيما يقر بغيره ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : / أنه يقبل ؛ لأنّ الأمر فيه لا يتجزأ ، فيصير إقرارُه كقيام البينة . ١٢٩/ب

ولو قامت البينة على رقِّه لَقُبِلَ مطلقًا فيما له وعليه ، وسلك بتصرفاته السابقة مسلك الصادر من الرقيق بغير إذنه .

فذلك [4] لا يخفى حكْمُه والتفريعُ عليه ، فكذلك هذا .

والثاني : أنه لا يقبل فيما يَضُرُّ بغيره ؛ إذ سبق منه تصرفٌ هو التزامٌ لحقوق الأعيان ، فلا تقبل [5] مناقضته [6] .

والثالث : أنه لا يقبل فيما مضي ؛ لأنّ الالتزام مقصورٌ عليه ، وفي المستقبل هو رقيقٌ مطلق فيما له وعليه .

ويتفرع على القولين الآخرين فروعٌ :

الأول : لقيطة نكحت ، ثم أقرت بالرقّ ، فالناكحُ دائمٌ ؛ لأن في [7] قطعه إضرارًا

---

(١) في (أ) : « يتوافقا » .

(٢) ما بين القوسين : ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (أ) : « وذلك » .

(٥) في (أ) : « يقبل » .

(٦) وهذا القول هو الأظهر . انظر : الروضة : (٥ / ٤٤٧) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٥) .

(٧) قوله : « في » ليس في (أ) .

بالزوج ، والوطءُ وإن كان مستقبلًا فهو في حكم الماضي (١ وولدها الذي ١) انفصل [منها] (٢) قبل الإقرار حُرٌّ ، ولا قيمةَ على الزوج ؛ إذ فيه إضرار .

وفي المستقبل تُرَقُّ الأولادُ إنْ فرقنا بين الماضي والمستقبل .

ولا يجعل الولد كالمستوفى بالنكاح ؛ لأنه موهومٌ ، بخلاف استحقاق الوطء .

وأما المهر : فللسيد المطالبةُ بأقلّ الأمرين من المسمَّى أو من المثل .

فإن (٣) كان المسمى أقلَّ ، ففي الزيادة إضرارٌ بالزوج ، وإن كان مهر المثل أقل فالسيدُ لا يدّعي أكثر منه .

أما العِدَّة : فإذا طلقها الزوجُ طلاقًا رجعيًا . اعتدت بثلاثة أقراء . لأنه استحق الرجعة في الثالثة ، وفيه إضرار به (٤) .

وكذا إن كان الطلاق بائنًا ؛ لأن نفس العدة حقّ للزوج ، وإلا إذا قبلنا إقرارها (٥) فيما يَضُرُّ بالغير في المستقبل .

ويحتمل أن يقال : هذا كالمستحق بالعقد السابق ، كما في الوطء .

فإن مات الزوج : قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : تعتدُّ بشهرين وخمسة أيام ؛ إذ حق الزوج إنما يَحْسُنُ مراعاتُه في حياته (٦) .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « وأولادها التي » ، والمثبت من (أ) .

(٢) زيادة من (أ) . (٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) انظر : مشكلات الوسيط للحموي : (ق ١٢٠ / أ) .

(٥) في (أ) : « إضرارها » .

(٦) انظر : مختصر المزني : (٣ / ١٣٧) ، روضة الطالبين : (٥ / ٥٥٠) .

فمن أصحابنا من قال : إن سقط حقه فلا عدة ، لأنها تدعي [1] بطلان النكاح من الأصل ، بل عليها الاستبراء إن وطئت [2] ، وإلا فلا شيءَ عليها ، والنصُّ ما ذكرناه ، وكأنَّ الشافعي - رضي اللّه عنه - ينظر في أصل العِدَّة إلى حق الشرع ، وفي تفصيله [3] إلى حق الزوج .

أما تسليمها إلى الزوج نهارًا فيجب ؛ لأنه [4] مستحق بالعقد السابق ، ففي المنع إضرارٌ .

[الفرع] [5] الثاني : لقيطٌ نَكَح ، ثم أَقَرَّ بالرق [6] .

فإن [7] قبلنا الإقرار مطلقًا ، فقد بان بطلانُ النكاح من أصله ، ولا يخفى حكمُ وطءِ الرقيق في مهر المثل إن جرى .

وإن لم نقبل فيما مضي ، فقد بطل حقه [8] من [9] بضعها في المستقبل في [10] الحال فكأنه طلاقٌ ، فيجب نصفُ المهر متعلقًا بذمته وكَسْبِه إن لم يكن وطئ ، وإن كان [وطئ] [11] فتمامُ المُسَمَّى ؛ لأن الوطْء جرى في نكاح لم يتبعه بالإبطال فيما مضى ، فلا يجب [إلا] [12] مهر المثل .

[الفرع] [13] الثالث : لقيطٌ باع واشترى ثم أقرَّ .

---

(١) في الأصل ونسخة (ب) : « لأنها لا تدعي » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « وطئ » ، والمثبت من (أ) ، ومن نسخة أخرى ، كذا على هامش الأصل .

(٣) في (أ) : « تفصيلها » .

(٤) في (أ) : « لأنها » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) انظر : مشكلات الوسيط للحموى : (ق ١٢٠ / أ) .

(٧) في (أ) : « فقد » .

(٨) في (أ) : « حقه » .

(٩) في (أ) : « حقه » .

(١٠) في (أ) : « في » .

(١١) في (أ) : « من » .

(١٢) زيادة من (أ) .

(١٣) زيادة من (ب) .

فهذا أمر قد مضي ، فإن لم يقبل قولهُ في الماضي لم يتبع ما مضى . وإن قُبل قوله [عمومًا] [١] قدرنا أنّ تيك التصرفات صدرتْ من عبد غير مأذون ، فيستردُّ أعيانَ الأموال ، ويرد الأثمان .

وما تلف [٢] في يدهم [٣] مضمونة للسيد ، وما تلف في يد العبد فيتعلّق [٤] بذمَّةَ العبد لا برقبته وكَسْبه ، كديونِ معاملة العبد ، ولا [٥] ينفع العاملَ ظنُّه حريتَه عند التصرف .

[الفرع] [٦] الرابع : جَنَى اللقيطُ ثم أقر بالرِّق :

اقتُصَّ منه ، أو تعلّق الأرْشُ برقبته .

وإن جُنِيَ عليه اقتصَّ إن كان الجاني رقيقًا [٧] ، وإن كان حرًّا عدل إلى الأرش . فإن قطع إحدى يديه وتساوتْ القيمة ونصف الدية ، فذاك .

وإن كان نصفُ القيمة أقلَّ فليس للسيد إلا ذاك [٨] ، فإنه لا يطلب مزيدًا .

وإن كان نصفُ القيمة أكثرَ ، فُرِّعَ على الأقوال :

فإن قبلنا الإقرارَ مطلقًا لزم .

وإن بَعَّضْنَا ، اقتصر على نصف الدية ، فإنه إضرارٌ بالجاني .

وفيه وجه : أن التغليظَ على الجاني أَوْلَى .

فرع به الاختتام :

إذا قذف لقيطًا بالغًا ، وادّعى رقَّه ، فادعى [٩] اللقيطُ حريةَ نفسهِ ، فقولان :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « يتلف » .

(٣) في (أ) : « أيديهم » .

(٤) في (أ) : « يتعلق » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « فلا » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « عبدًا » .

(٨) في (أ) : « ذلك » .

(٩) في (أ) : « وادَّعى » .

أحدهما : القولُ قولُ القاذف ؛ لأنّ الأصلَ براءة ذمته .

والثاني : القولُ قولُ اللقيط ؛ لأنّ الأصل الحريةُ ، وهو من تقابل الأصلين [١] .

وإن قَطَع حرٌّ طرفَه ، وجرى هذا [٢] النزاعُ فطريقان :

أحدهما : طرد القولين .

والثاني : القطعُ بالقصاص ؛ إذ [لو] [٣] لم نُوجِب لعدلنا إلى القيمة ، وهي أيضًا مشكوكٌ فيها .

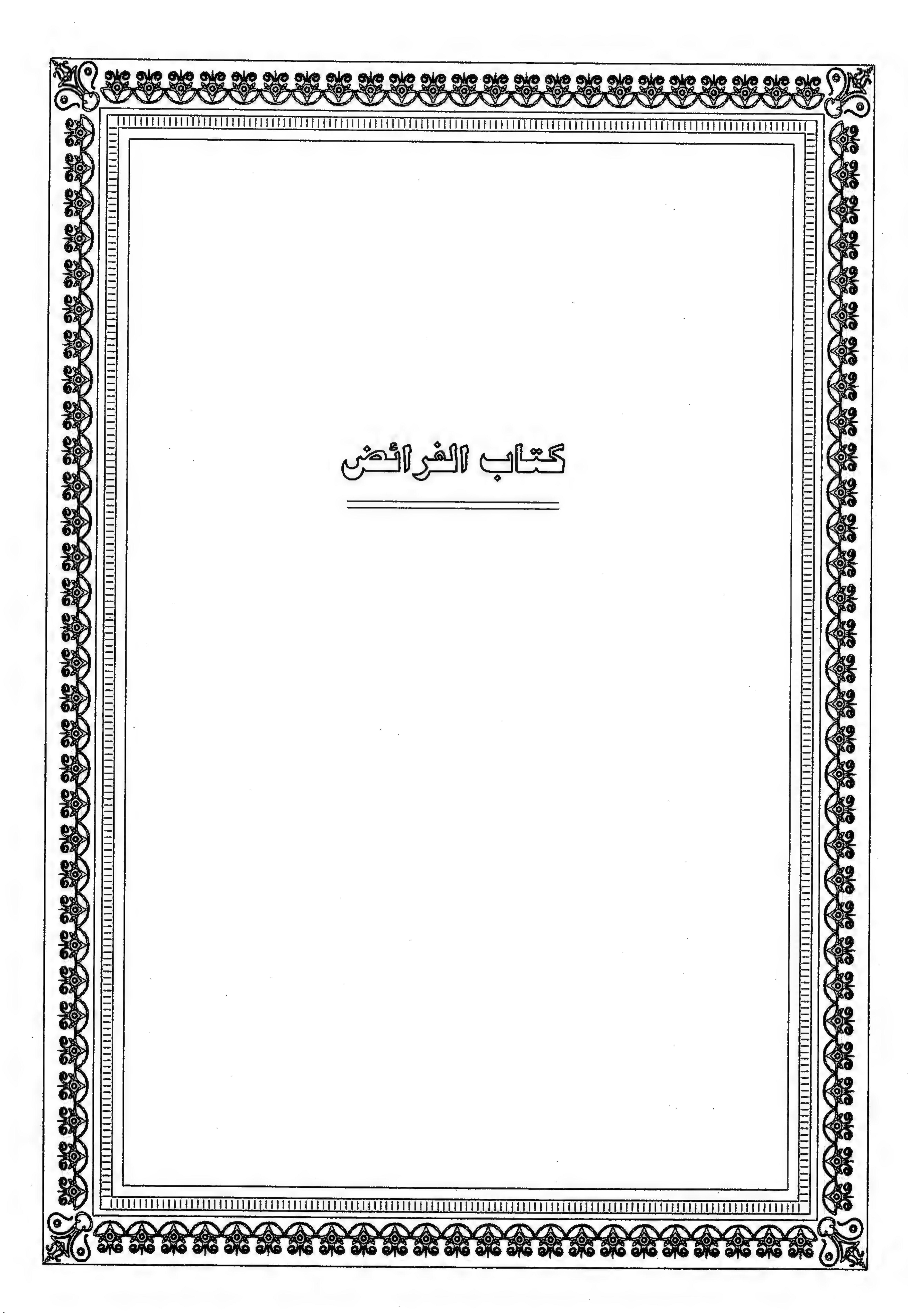
أما الحدّ إذا تُرِك ، فالتَّعْزِيزُ مُسْتيقنٌ بكل حال . واللّه تعالى أعلم وأحكم .

---

(١) وهذا القول هو الأظهر . انظر الروضة : (٥ / ٤٥٢) ، مغني المحتاج : (٢ / ٤٢٦) .

(٢) قوله : « هذا » ليس في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) ، (ب) .



كتاب الفرائض

والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ ﴾ (١) ، وقال ﷺ : « إن الله تعالى لم يُكِلْ قَسْمَ (٢) مواريثكم (٣ إلى ملك مقرب ، ولا إلى نبي مرسل ٣) ، ولكن تولّى بيانَها فقسمها أبْيَنَ قَسْمٍ » (٤) .

وقال - عليه السلام - : « تعلموا الفرائضَ وعَلِّموها الناسَ ، فإنها نصفُ العلم ، وإني امرؤ مقبوض ، وسيُنزع العلمُ من أمتي حتى يختلف رجلان (٥) في فريضة فلا يجدان مَنْ يعرف حُكمَ الله فيها » (٦) .

---

(١) سورة النساء : من الآية (١١) . (٢) في (أ) : « قسمة » .

(٣) في (أ) : « إلى نبي مرسل ولا إلى ملك مقرب » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قال ﷺ : « إن الله لم يكل قسمة مواريثكم إلى نبي مرسل ولا إلى ملك مقرب ، ولكن تولى بيانها فقسَّمَهَا أبين قسم) الثابت في هذا أن المعنى : أن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ولا وصية لوارث . رواه الترمذي وغيره عن رسول الله ﷺ من حديث عمرو بن خارجة - أحد الصحابة - وقال : هذا حديث حسن صحيح . وروى أيضًا من حديث أبي أمامة وأنس بن مالك رضي الله عنهم ، وقوله : (أبين قَسْم) هو بفتح القاف والقِسم - بالكسر - : النصيب » . المشكل (٢/٦١أ - ٦١ب) .

وسيأتي تخريج الحديث الذي أشار إليه ابن الصلاح في أوائل كتاب الوصايا بعد هذا الكتاب فليراجع هناك .

أما هذا الحديث : فقد أخرج أبو داود أن النبي ﷺ قال : « إن الله تعالى لم يَرْضَ بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزَّأها ثمانية أجزاء » . انظر : سنن أبي داود : (٢/١٢١) كتاب الزكاة - باب من يعطي الصدقة وحد الغنى (١٦٣٠) ، وسنن الدارقطني : (٢/١٣٧) . وأخرج الترمذي والنسائي وابن ماجة عن النبي ﷺ قال : « إن الله عز وجل قد قسم لكل إنسان نصيبه من الميراث » وقال الترمذي : حسن صحيح . انظر الحديث والتعليق عليه في سنن الدارقطني : (٤/١٥٢ ، ١٥٣) .

(٥) في (أ) : « الرجلان » .

(٦) قال ابن الصلاح : « حديث (تعلموا الفرائض) فقد روي من حديث أبي هريرة وابن مسعود ، وأسانيده ضعيفة ، والله أعلم . روينا عن سفيان بن عيينة قال : إنما قيل الفرائض نصف العلم ، لأنه تبتلى به الناس كلهم . وقال بعض أئمتنا : إن للإنسان حالتين ، حالة حياة وحالة ممات ، والفرائض أحكام الموت . قلت : وتكون لفظة (النصف) هاهنا عبارة عن القسم الواحد من قسمين ، وإن لم يتساويا ، =

وقد اختلف [1] الصحابة في تفصيل الورثة ، واختار الشافعي - رضي اللّه عنه - مذهب زيد ؛ لأنه أقربُ إلى القياس ؛ ولقوله - عليه السلام - : « أفرضكم زيد » [2] . فنقتصر [3] على ذكر مذهبه [4] .

فالوراثة تارة تكون بسببٍ عام : كجهة الإسلام ، وأخرى بسبب خاص : كالنكاح

= كما قال الشاعر :

إذا متُّ كان الناسُ صنفين شا مت وآخر مثنٍ بالذي كنت أصنع » .

المشكل (٢/٦١ب) .

وقد أخرج الحديث بقريب من هذا اللفظ الحاكم في المستدرك . وأخرج الترمذي نحوه مختصرًا : (٤/٣٦٠) (٣٠) كتاب الفرائض (٢) ما جاء في تعليم الفرائض (٢٠٩١) ، ولفظُه : «تعلموا القرآن والفرائض وعلموا الناس فإني مقبوض » . وأخرجه ابن ماجه : (٢/٩٠٨) (٢٣) كتاب الفرائض (١) باب الحث على تعليم الفرائض (٢٧١٩) ، والبيهقي في السنن الكبير : (٦/٢٠٨،٢٠٩) ، والدارقطني : (٤/٨١-٨٢) .

(١) في (أ) : « اختلف » .

(٢) قال ابن الصلاح : « وقوله ﷺ : (أفرضكم زيد) رويناه بإسناد جيد من حديث أنس ، وهو حسن أخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه ، واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦١ب) .

وقد أخرجه الترمذي في السنن : (٥/٦٢٣) (٥٠) كتاب المناقب (٣٣) باب مناقب معاذ بن جبل وزيد ابن ثابت (٣٧٩٠) ، (٣٧٩١) ، في حديث طويل . وابن ماجه : (١/٥٥) المقدمة (١١) في فضائل أصحاب رسول اللّه ﷺ (١٥٤) ، وأحمد : (٣/١٨٤،٢٨١) .

(٣) في (أ) : « فليقتصر » .

(٤) قال الحموي : « قوله في كتاب الفرائض : (واختار الشافعي مذهب زيد ؛ لأنه أقرب إلى القياس) إلى قوله : (فليقتصر على ذكر مذهبه) ، مفهوم ما ذكره الشيخ يقتضي أن المجتهد يجوز له أن يقلد مجتهدًا آخر ، فإنه قال : (فليقتصر على ذكر مذهبه) . جوابه : أن الشيخ لم يُرِدْ إلا موافقةَ دليلِ مذهبه، ولهذا قال : وهو أقرب إلى القياس ، ولا شك بأن لا تتصور الأقربية إلا بمعرفة الدليل » . مشكلات الوسيط (١٢٠ / أ) .

وقال الترمذي : « اختصار الفرائض مما سمعته من الشافعي ، ومن الرسالة ، ومما وضعته على نحو مذهبه ؛ لأن مذهبه في الفرائض نحو قول زيد بن ثابت » . مختصر المزني : (٣/١٣٨) .

والولاء ، وتارة النسب [1] .

والوارثون [2] من الرجال عندنا عشرة :

من جانب العُلُو : / الأب ، وأب الأب وإن علا . ١٣٠/أ

ومن جانب السُّفْل : الابن ، وابن الابن وإن سَفَلَ .

ومن الطرف : الأخ ، وابنه إلَّا أن يكون ابن أخٍ لأم ، والعم وابنه إلا أن يكون عمًّا لأم ، فإنه لا يرث ولا ولده .

فيبقى اثنان وهما : المعتق ، والزوج .

والوارثات من النساء سبع :

الأم ، والجدة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت ، والزوجة ، ومولدة المعتقة .

ومن عدا هؤلاء ، كأب [3] الأم ، وأولاد البنات ، وأولاد الإخوة من الأم ، وأولاد الأخوات ، والعمات ، والخالات ، والأخوال ، وأولادهم فهم من ذوي الأرحام ، لا ميراث لهم عندنا ، بل الفاضل من المستحقين المذكورين لبيت المال [4] .

(١) قال ابن الصلاح : « تقسيمه ما ثبتت به الوراثة إلى سبب ونسب مع أن السبب سببُ وجهةٍ ، أن المراد : أنه ينقسم إلى سببٍ غيرِ النسب وإلى نسب ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦١ب) .

(٢) في (أ) : « والوارث » .

(٣) في (ب) : « كأبي » .

(٤) قال ابن الصلاح : « ذوو الأرحام أحد عشر صنفًا ، ترك منهم كل بنات الأعمام والجدات الساقطات ، وتخصيص هؤلاء باسم (ذوي الأرحام) اصطلاحٌ عن الفقهاء والفرضيين ، واسم ذوي الأرحام في الأصل شامل للوارثين ، وما صار إليه صاحب الكتاب من القول بعدم الصرف إليهم وإن عدم بيت المال هو اختيار صاحب « المهذب » ، وعلى هذا يصرف التركة القاضي إن وجد شرطه إلى مصارف بيت المال ، وإن لم يوجد صرفها إليها بعض أهل العدالة .

والغالب على أكابر أئمتنا في الأعصار المتأخرة الفتوى بالصرف إلى ذوي الأرحام ، لفساد بيت المال ، وقال أبو الحسين بن سراقة – أحد أئمتنا الكبار من قبل أربع المائة – : كان أبو العباس بن سريج يورث =

وتفصيل النظر في (1 الوارث المذكورين 1) تحصره أبواب :

* * *

= ذوي الأرحام ، ويقول : قد ارتفع بيت المال فذوو الأرحام أحق . قال ابن سراقة : وهو قول عامة شيوخنا ، وعليه الفتوى اليوم في الأمصار .

قلت : ومن يقول بتوريث ذوي الأرحام يُقدِّم الردَّ على ذي الغرض سوى الزوج والزوجة . ثم منهم من يقول : يصرف إلى ذوي الأرحام على سبيل المصلحة إلى جميعهم ، على اختلاف بينهم في اختيار مذهب أهل التنزيل أو مذهب أهل القرابة ، واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦١ب ٠ ٦٢أ) .

(١) في (أ) : « الوارث المذكور » .

الباب الأول

في مقادير أنصباء ذوي الفروض (١)

والورثة قسمان : ذو فرض ، وعصبة .

وذو الفرض : مَنْ له سهمٌ مقدَّرٌ شرعًا لا يزيد ، وهم أصناف .

[الصنف] (٢) الأول : الزوج والزوجة

وللزوج النصف ، وللزوجة الربع ، إذا لم يكن للميت ولدٌ وارث ، (٣ ولا ولدُ ابْنٍ وارثٍ ٣) . فإن كان فللزوج الربع ، وللزوجة الثُّمُنُ .

(٤ وإن اجتمعت نسوة ٤) فلهن الثمنُ أو الربع ، (٥ يُشْرَكْنَ فيه ٥) ، ولا يزيد بزيادة العدد .

* * *

---

(١) في (أ) : « الفرائض » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) العبارة غير موجودة في (أ) ، ويبدو أيضًا أنها لم تكن موجودة في النسخة التي وقعت لابن الصلاح وعلق عليه مشكله ، حيث قال : « قوله في الزوجين : (إن لم يكن للميت ولد وارث) فاكتفى بهذا عن أن يقول : (أو ولد ولد وارث) خارج على قول من قال من أصحابنا : إن اسم الولد شامل لولد الولد ، لكن الصحيح : أن اسم الولد لا يشمل ولد الولد إلا بطريق المجاز ، فلا سبيل إلى أن يقال هاهنا : إنه أراد بالولد الولدَ الحقيقي والمجازي معًا لأنه يجوز - عنده وعند الجماهير على ما عُرِفَ في أصول الفقه - استعمالُ اللفظ الواحد في معنييه الحقيقي والمجازي معًا ، ولا عذر له في الاقتصار على ذكر الولد في كتاب الله تعالى فإن مثل ذلك يقع في النصوص موكولًا إلى قياس القياسيين المجتهدين ، والمصنف عليه بيان المقيس والمنصوص في مواطن التقسيم ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٢أ) .

(٤) في (أ) : « فإن اجتمع النسوة » .

(٥) العبارة ليست في (أ) .

الصنف الثاني : الأم والجدة

وللأم الثلث ، إلا في أربع مسائل :

إحداها : زوج وأبوان .

والثانية [1] : زوجة وأبوان .

فلها في المسألتين ثلثُ ما يبقى [2] بعد نصيب الزوج والزوجة [3] .

الثالثة : إذا كان للميت ولدٌ وارث ، [4] أو ولدُ ابنٍ وارث [4] ، فإنه يَرُدُّ الأمَّ [من الثلث] [5] إلى السدس [6] .

---

(١) في (أ) : « الثانية » .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلها في المسألتين ثلث ما يبقى) ولم يقولوا : السدس ، ولا : الربع ، محافظة على لفظ الكتاب العزيز في قوله تبارك وتعالى : ﴿ فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ﴾ [النساء : ١١] » . المشكل (٢/٦٢ب) .

(٣) وهاتان المسألتان هما اللتان تسميان بالعمريتين ؛ لقضاء عمر - رضي الله عنه - فيهما وموافقة جمهور الفقهاء من الصحابة له ، وتسميان أيضًا (الغراوان) مثنى (غراء) من الوضوح والظهور والشهرة ، وصورتهما على النحو التالي :

الأولى : أن يكون في المسألة زوج وأم وأب ، فللزوج النصف ، وللأم ثلث الباقي ، بعد النصف - وهو السدس - ، والأب يأخذ الباقي النهائي - وهو الثلث - لأننا لو حكمنا في هذه الحالة للأم بثلث المال كله لتبقى للأب السدس ، ومن ثم نكون أعطينا الأم - وهي أنثى - ضعف الأب - وهو ذكر - ، ونكون بذلك مخالفين المبدأ القرآني في الإرث : ﴿ للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ وذلك في حالة تساويهما في درجة القرابة بالنسبة للميت .

الثانية : أن يكون في المسألة زوجة وأم وأب ، فللزوجة الربع ، وللأم ثلث الباقي - وهو الربع - ، والباقي النهائي للأب وهو النصف .

وهذا الرأي هو ما ذهب إليه - موافقًا لعمر - زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعثمان بن عفان وآخرون ، وبه أخذ جمهور الفقهاء من بعدهم .

(٤) العبارة ليست في (أ) . (٥) زيادة من (أ) .

(٦) وذلك لقوله تعالى : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ﴾ النساء : من الآية (١١) .

الرابعة : إذا كان للميت اثنان من الإخوة أو الأخوات فصاعدًا ، فلها السدس [1] .

أما الجدة : فلها السدس أبدًا .

وإن اشتركت [2] جماعةٌ في درجةٍ اشتركْنَ في السدس ، وإن [3] كانت واحدةٌ جدةً [4] من جهتين لم يزد نصيبُها .

والجدة الوارثةُ هي التي تُدْلي بوارثٍ ، وهل كلُّ جدةٍ تدلي بمحضِ الذكور ، كأمِّ أبِ الأب ، أو بمحض الإناث كأمِّ أمِّ الأم ، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور كأم أمِّ أبِ الأب .

فأما [5] إذا أدلت بذكرٍ بين أُنثيَيْن فلا [6] تَرِثُ ؛ لأن الذي تدلي به هو أبُ [7] أمٍّ ، أو أبُ [8] جدةٍ ، وهو [9] من ذَوي الأرحام .

وقال مالك - رحمه الله - : كلُّ جدةٍ تدلي بذكرٍ [10] فهي لا ترث [10] ، إلا أمَّ الأبِ وأمهاتِها من قِبَلِ الأم ، فأما من تدلي بذكرٍ آخر سوى الأب فلا ترث .

وهو قول للشافعي [11] - رضي الله عنه - ، والصحيح : هو الأول [12] .

* * *

---

(١) وذلك لقوله تعالى : ﴿ فإن كان له إخوة فلأمه السدس ﴾ النساء : من الآية (١١) ، وأقل الجمع الذي يطلق عليه لفظ (إخوة) اثنان ، كما هو مقرر عن علماء الفرائض واللغة .

(٢) في (أ) : « اشتركن » .

(٣) في (ب) : « إن » .

(٤) « جدة » ليست في (أ) .

(٥) في (أ) : « وأما » .

(٦) في (أ) : « لم » .

(٧) في (أ) : « أبو » .

(٨) في (أ) : « أبو » .

(٩) في (أ) : « هي » .

(١٠) في (أ) : « فهي لا ترث » .

(١١) في الأصل ، (ب) : « الشافعي » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو الصحيح .

(١٢) انظر : روضة الطالبين : (٩/٦) ، ومغني المحتاج : (١٦/٣) . وراجع مذهب مالك في الكافي : (٥٦٧) ، والقوانين الفقهية : (٣٩٧) .

الصنف الثالث : الأب والجد

أما الأب : فيرث بالفرضية المحضةِ السدسَ ، إن كان للميت ابنٌ أو ابنُ ابنٍ ، وتكون العصوبة للابن [1] .

ويرث بالتعصيب المحض إذا لم يكن للميت إلا زوجٌ أو زوجة ، أو لم يكن وارثٌ أصلًا [2] .

ويَجْمَعُ بين الفرض والتعصيب إن كان للميت بنتٌ أو بنتُ ابنٍ ، فله السدسُ وللبنت أو بنت الابن نصيبُها ، وما فَضَل يُصْرَفُ إلى الأب بالعصوبة .

والجد عند عدم الأب يقوم مقامَ الأب ، إلا في أربع مسائل :

الأولى : زوج وأبوان .

والثانية [3] : زوجة وأبوان .

للأم في الصورتين ثلثُ ما يَبْقَى ، فإن كان بَدَلَه جدٌّ فللأم الثلث كاملًا .

الثالثة [4] : الأب يَحْجُبُ الإخوة ، والجدُّ لا يحجب إلا الأخَ للأم ، ويُقاسم الباقين .

الرابعة : الأب يحجب أمَّ نفسِه ، والجد أيضًا يحجب أم نفسه ولكن لا يحجب أمَّ الأب ، لأنها زوجتُه ، وهذا أوضح [5] .

---

(١) وذلك لقوله تعالى : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ﴾ [النساء : ١١] .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله في الأب : (يرث بالتعصيب المحض إن لم يكن للميت إلا زوج أو زوجة) أو لم يكن له إلا أم أو جدة ، ولا يعدد المصنف في ترك البعض إذا كان الكلام في بيان أقسام التقسيم ، لما لا يخفى ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٢ب) .

(٣) في (أ) : « الثانية » .

(٤) في (أ) : « الثالث » .

(٥) في (أ) : « واضح » . قال الحموي : « قوله : (الجد يقوم مقام الأب إلا في أربع مسائل) وذكر في الرابعة : (أن الأب يحجب أم نفسه) ومعلوم أنه لا حاجة إلى ذكره ، فإنه مندرج تحت المستثنى منه لما لا يخفى » . ثم قال الحموي رَدًّا على ذلك : « مراده بذلك الاستثناء : أن الجد يحجب أم نفسه ولا يحجب أم الأب ، لأنها زوجته ، وما ذكره أولًا توطئة للاستثناء ؛ لكونه من متعلقاته » . مشكلات الوسيط (١٢٠ب) .

الصنف الرابع : الأولاد

فإن تمحض أولاد الصُّلْب ، فالذكر الواحد يستغرق المالَ بالعصوبة .

وإن كان فيهم ذكورٌ وإناث : فالمال بينهم للذكر مثلُ حظ الأنثيين .

وإن [(١] كان بنتٌ واحدة [١)] فلها النصف [(٢)] ، وإن [(٣)] كانتا اثنتين فصاعدًا فلها الثلثان لا يزيد بزيادةِ عددهن .

وأما [(٤)] أولاد الابن ، فإن تمحضوا فحكمهم حكمُ أولاد الصلب إذا تمحضوا .

فأما إذا اجتمع البطنان ، نُظِر : فإن كان في أولاد الصلب ذكرٌ فقد [(٥)] حجب مَنْ تحته واستغرق . وإن لم يكن ، نظر : فإن لم يكن إلا بنتٌ واحدة فلها النصف .

ثم ينظر في أولاد الابن ، فإن كان فيهم ذكرٌ فالباقي لهم [(٦)] للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن لم يكن ذكر فللواحدة منهن وللعددِ السدسُ [(٧] تكملةً للثلثين [٧)] ؛ فإن الثلثين فرضُ البنات ، وقد بقي منه السدسُ .

أما إذا كان في [أولاد] [(٨)] الصلب بنتان [(٩)] ، فلهما الثلثان .

ثم ينظر في أولاد الابن ، فإن كان فيهم ذكرٌ فباقي المال بينهم للذكر مثلُ حظ الأنثيين .

---

(١) في (أ) : « كان بنتًا » .

(٢) وذلك كله لقوله تعالى : ﴿ يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ... ﴾ [النساء : ١١] .

(٣) في (ب) : « فإن » .

(٤) في (أ) : « فأما » .

(٥) « فقد » ليست في (أ) .

(٦) في (أ) : « بينهم » .

(٧) ليست في (أ) .

(٨) زيادة من (أ) .

(٩) في (أ) : « اثنتان » .

وإن لم يكن ذكر فيهن ولا أسفلَ منهن فلا شيء لهن ؛ إذ لم يَبْقَ مِن نصيب البنات شيءٌ ، فقد استغرق بناتُ الصلب جميعَ الثلثين .

فإن كان أسفلَ منهما [١] ابنُ ابْنِ ابْنٍ وإن بَعُد يعصبها [٢] ، ويكون المالُ بينهم [٣] للذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله :

بنت ، وبنت ابن ، وبنت ابن ابن :

لبنت الصلب النصفُ ، ولبنت الابن السدسُ تكملةُ الثلثين ، ولا شيء لبنت ابن الابن ، إلا أن يكون معها أو أسفلَ منها ذكرٌ يعصبها [٤] .

بنتان من الصلب ، وبنت ابن :

للبنتين الثلثان ، ولا شيء لبنت الابن .

بنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن :

للبنت [٥] من الصلب النصفُ ، ولبنت الابن السدسُ تكملة الثلثين ، والباقي لابن ابن الابن . ولا يعصبها هاهنا ؛ لأنها أخذت تكملةَ الثلثين .

* * *

---

(١) أي : من بنتي الصلب .

(٢) أي : يعصب البنات الذي هم في درجته ، أو أعلى منها ولكن دون درجة بنتي الصلب .

(٣) في الأصل ، (ب) : « بينهما » ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٤) في (أ) : « فيعصبها » .

(٥) في (ب) : « فللبنت » .

الصنف [1] الخامس : الإخوة [2] والأخوات

أما الإخوة من الأم :

فللواحد [3] منهم السدس ، وللاثنين فصاعدًا الثلثُ لا يزيد حقُّهم بزيادة العدد ، ويتساوى ذكرُهم وأنثاهم [4] في قدر الاستحقاق [5] .

أما الإخوة من الأب والأم [6] :

فحكمهم / عند الانفراد كحكم أولاد الصلب من غير فرق . ١٣٠/ب

وأما الإخوة من الأب :

فحكمُهم - أيضًا - عند الانفراد كحكم الإخوة من الأب والأم من غير فرق ، [7] إلا في مسألة المُشَرَّكة [7] .

---

(١) في (أ) : « الفصل » .

(٢) في الأصل : « في الإخوة » ، ولا حاجة إلى حرف الجر « في » .

(٣) في الأصل : « فللواحة » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو الأولى .

وقد فرق في هذا الحكم بين الواحد والواحدة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وإن كان رجلٌ يُورَثُ كلالةً أو امرأةٌ وله أخٌ أو أخت فلكل واحدٍ منهما السدس ﴾ [النساء : ١٢] . والكلالة : مَنْ لا أَصْلَ له ولا فرع وارثٌ .

(٤) في الأصل : « وإناثهم » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو الأولى .

(٥) وذلك لنص القرآن الكريم على ذلك في قوله تعالى : ﴿ فإن كانوا أكثرَ من ذلك فهم شركاء في الثلث ﴾ [النساء : ١٢] .

(٦) يعني : الإخوة الأشقاء .

(٧) « إلا في مسألة المشرّكة » : جاءت هذه العبارة في الأصل قبل ذلك بقليل ، عند قوله : « كحكم أولاد الصلب من غير فرق إلا ... » ، وهو خطأ ، والصواب ما أثبتناه ؛ اعتمادًا على باقي النسخ وعلى المعنى .

قال ابن الصلاح : « مسألة المشرَّكة : بفتح الراء وتشديدها . فإن قلتَ : ينبغي أن نقول : المسألة المشرَّك فيها . قلتُ : لهذا وجهان ؛ أحدهما : من قبيل ما وقع فيه التوسعُ بحذف (في) منه ، وإجرائه =

فإن اجتمع إخوةُ الأب والأم وإخوة الأب : فحكمهم حكمُ [١] أولاد الصلب وأولاد الابن إذا اجتمعوا ، فالأخُ من الأب والأم يُسْقِطُ أولادَ الأب . وللأخت الواحدة من الأب والأم النصفُ ، وللأخت من الأب معها السدسُ تكملة الثلثين ، وكذلك إن كُنَّ جمعًا فلهن السدسُ تكملة الثلثين .

فإن كان في المسألة أختان من الأب والأم فلهما الثلثان ، وقد استغرقتا ، فلا شيء لأخوات الأب ، إلا إذا كان في درجتها ذكرٌ يعصبها [٢] فيكون الباقي بينهم للذكر مثلُ حظِّ الأنثيين .

ولا يعصبها مَنْ هو أسفلُ منها ، كأولاد الابن [٣] . وفي هذا تُخَالِفُ أولادَ الابن ، فإن بنتَ الابن يعصبها من هو أسفل منها .

فرع : ثلاث أخوات متفرقات [٤] :

للأخت من الأب والأم النصفُ ، وللأخت للأب السدسُ تكملةُ الثلثين ، وللأخت للأم السدسُ فرضًا .

= مجرى المفعول به . ومن ذلك قوله تبارك وتعالى : ﴿ بل مكرُ الليلِ والنهار ﴾ [سبأ : ٣٣] ، وقولهم : يا سارق الليلة ، وقولهم : نهارُه صائمٌ وليلُه قائمٌ . فعلى هذا يكون التقدير : مسألة القضية المشركة أي : المشرَّك فيها ، والله أعلم . والثاني : أن التقدير : مسألة الإخوة المشركة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٢ب) .

ولهذه المسألة أسماء أخرى : كالعمرية والحمارية والحجرية واليَمّية وغير ذلك ، وسيأتي تفصيل القول فيها بعد قليل إن شاء الله .

(١) في (ب) : « كحكم » .

(٢) في (أ) : « فيعصبها » .

(٣) كذا بالأصل وهامش (أ) من نسخة أخرى ، وفي هامش الأصل و (أ) : « الإخوة » بدل : « الابن » . وهو أولى بالاعتبار ؛ لأن الأخت تعصب من حيث الأصل من جهة الأخوة .

(٤) في (ب) : « مفترقات » .

ولو كان في المسألة أختان [1] للأب والأم [1] بدلَ أختٍ واحدة فلها الثلثان ، ولا شيءَ للأخت للأب ؛ إذ لم يَبْقَ تكملةُ الثلثين . وللأخت للأم السدسُ ؛ فإن ذلك فرضٌ مستقلٌّ في حقها .

فإن قيل : وما مسألة المُشَرَّكة التي فيها [2] يفارق إخوةُ الأب إخوةَ الأب والأم [2] ؟

قلنا : صورتها : زوج ، وأم ، وأخوان لأم ، وأخوان [3] لأم وأب [3] :

فللزوج النصفُ ، وللأم السدسُ ، ولإخوة الأمِّ الثلثُ ، فلا يبقى مال .

فالإخوة من جهة الأب والأم يشاركون أولادَ الأم في نصيبهم ، ولو كان بدلهم إخوةٌ للأب [4] لسقطوا .

ووقعت المسألة في زمان عمر - رضي اللّه عنه وأرضاه - فأسقط إخوةَ الأب والأم ، فقال أخ [5] الأب والأم : هَبْ أن أبانا كان حمارًا ، ألسنا من أم واحدة ؟ فشرَّك عمرُ - رضي اللّه عنه - بينهم ، وإليه ذهب زيدٌ وعثمان رضي اللّه عنهما [6] .

---

(١) في (أ) : « لأب وأم » .

(٢) في (أ) : « يشارك إخوة الأب والأم إخوة الأب » ، وهذا خطأ لأن إخوة الأب لا يشاركون إخوة الأب والأم ، بل يفارقونهم .

(٣) في (أ) : « لأب وأم » .

(٤) في (أ) : « الأب » .

(٥) في (ب) : « إخوة » .

(٦) قال في الروضة : « هذا هو المشهور والمذهب [يشير إلى إشراك الإخوة الأشقاء لإخوة الأم في الثلث] ، وحكى أبو بكر بن لال - من أصحابنا - في المسألة قولين ؛ ثانيهما : سقوط الأخوين للأبوين ، بحسب اختلاف الرواية عن زيد - رضي اللّه عنه - ، والرواية عن زيد - رضي اللّه عنه - مختلفة كما ذكر ، لكن لم أجِدْ لغيره نَقْلَ قولٍ للشافعي - رضي اللّه عنه - لكن ذهب ابن اللبان وأبو منصور البغدادي إلى الإسقاط » . روضة الطالبين : (١٤/٦، ١٥) ، وراجع مذهب الشافعي في مختصر المزني : (١٥١/٣) ، وانظر : مغني المحتاج : (١٧/٣، ١٨) .

وواففق المالكية الشافعية في إشراك الإخوة الأشقاء للإخوة لأم في هذه المسألة ، ورجّحوا رأيهم بكونهم يشتركون في أم واحدة ، وهي دالَّة الإرث ، وهذا هو الرأي الراجح الذي عملت به المحاكم الشرعية .

راجع : بلغة السالك على الشرح الصغير للصاوي : (٤٨١/٢) .

وقد أخرج أثرَ تشريكِ عمر للإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم كلٌّ من : البيهقي في السنن الكبرى : (٦/ ٢٥٥-٢٥٦) ، والدارقطني : (٨٨/٤) ، وعبد الرزاق : (٢٤٩/١٠) .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يسقطون ؛ لأنهم عصبةٌ كأولاد الأب [١] .

ثم للتشريك شرطان :

أحدهما : أن يكونوا أولادَ الأب والأم ، ليقع التشريكُ بقرابة الأم . فإن [٢] كانوا أولادَ الأب فلا تشريك .

والثاني : أن يكون ولدُ الأمِّ زائدًا على واحد ، فإنه إن كان واحدًا فله السدسُ ويبقي سدسُ العصبة [٣] ، فلا حاجة إلى التشريك [٤] .

هذا حكم الإخوة ، أما أولادهم :

فالإناث منهم لا يرثون ، والذكور منهم [٥] بمنزلتهم إلا في خمس مسائل :

---

(١) وهو مذهب الحنابلة أيضًا ، وبه حكم أبو بكر وابن عباس وعلي ، وعمر - في أول الأمر وعاد عنه - رضي الله عنهم جميعًا . وقد تمسك هؤلاء بالنص حيث قال ﷺ : « ألحقوا الفرائضَ بأهلها ، فما أبقت فلأولى عصبة ذكر » ، وذلك يقتضي تقديمَ أولاد الأم ، وإعطاءهم فرضَهم ؛ لنص القرآن على هذا الفرض ، وإسقاط الإخوة الأشقاء ؛ لأنهم عصبة ولم يَبْقَ لهم شيء . انظر : الاختيار لتعليل المختار : (٥/ ١٢٧،١٢٨) ، ومختصر الطحاوي : (١٤٥،١٤٦) .

(٢) في (أ) : « فإذا » .

(٣) في (أ) : « للعصبة » .

(٤) قال الحموي مناقشًا هذين الشرطين : « ما ذكره الشيخُ يَرِدُ إشكالٌ ، فإنَّ مقتضى كلامه أنه بوجود الشرطين يحصل التشريكُ ، ومعلومٌ أنه لابد من ذِكْرِ الزوج والأم ؛ لما لا يخفى . وأما أولاد الأب والأم فلابد أن يكون فيهم ذَكَرٌ وما زاد ، أو ذكر وأنثى وما زاد ، وإذا كان كذلك لم يكن ما ذكره من التفصيل على إطلاقه ، فإنهما لو كانا اثنَين من غير ذلكِ لم يحصل الشريك أيضًا ؛ لما لا يخفى ، فعلى هذا لم يكن ما ذكره ضابطًا » . ثم قال : « مراده بذلك في الأول إضافتُهما إلى الزوج والأم ؛ لما لا يخفى ، وقد ذكرهما قبل هذا ، وليس يختص ذلك بالأم ، فإنه لو كان بدلها جدةٌ لكان كذلك ، ومراده بأولاد الأب والأم إذا كان فيهم عصبة ، ودل عليه ما دل في حديث عمر - رضي الله عنه - في المشركة ، وإذا كان كذلك صح ما ذكره ؛ لما لا يخفى » . مشكلات الوسيط (١٣٠ ب - ١٢١ أ) .

(٥) « منهم » ليست في (أ) .

الأولى : أن ولدَ إخوة الأم لا يرثون ، فليسوا بمنزلتهم .

والثانية : أن اثنين من الإخوة يَحْجُبان الأمَّ من الثلث إلى السدس ، ولو كان بدلَهم أولادُهم فلا يحجبون .

الثالثة : في مسألة المشركة لو كان بدل إخوة الأب والأم أولادهم ، فلا تشريكَ في حقهم .

الرابعة : الجد لا يحجب الإخوةَ ، ويحجب بني الإخوة [(١)] .

الخامسة : الأخ يَعْصِبُ أختَه ، وابن الأخ لا يَعْصِبُ أختَه إذ لا ميراثَ لأخته أصلًا .

فرع :

الأخوات من جهة الأب والام ، أو من جهة الأب ، مع البنات عصبة . أما الأخت من الأم [(٢)] فتسقط بالبنت .

فإذا [(٣)] كان في المسألة بنت وأخوات فلها النصفُ والباقي لهن .

ولو [(٤)] كان بنت وأخت لأب [(٥)] وأم ، وأخت لأب ، فللبنت النصف والباقي [(٦)]لأخت الأب والأم [(٦)] ، وهي [(٧)] عصبة فتُسْقِطُ أختَ الأب .

* * *

(١) وسيأتي الحديث عن هذه المسألة بالتفصيل في باب العصبات بعد قليل .

(٢) في (أ) : « الأب » بدل : « الأم » ، وهو خطأ .

(٣) في (ب) : « فإن » .

(٤) في (ب) : « فلو » .

(٥) « لأب » سقطت من (أ) ، وهو خطأ .

(٦) في (أ) : « للأخت للأب والأم » .

(٧) في (أ) : « فهي » .

الباب الثاني

في العصبات

والعصبة : الذي [1] يستغرق المالَ إذا انفرد ، ويأخذ ما بقي من ذوي الفرائض إذا كان معه ذو فرض .

قال ﷺ : « أَلحقوا الفرائضَ بأهلها ، فما أبقت الفرائضُ فلأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ [2] » .

والعصبة : كلُّ ذكرٍ يُدْلي إلى الميت بنفسه [3] أو بذكر .

والمعتق أيضًا والمعتقة [4] من المعصبات [5] ، والأخوات أيضًا مع [6] بنات الصلب [6]

---

(١) في الأصل : « التي » ، وما أثبتناه من (أ) ، وهو أولى بالسيادة والضمائر بعده .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال ﷺ : ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر) هذا حديث صحيح ، رواه صاحبا الصحيحين وغيرهما ، ولفظه : (فلأولى رجل ذكر) وفي رواية : (فلأولى ذكر) والجمع بينهما من باب التأكيد ، فائدته : أن المعنى يصير به أثبت في ذهن السامع. وأما روايته : (فلأولى عصبة ذكر) ففيها نظرٌ وبُعْدٌ عن الصحة من حيث الرواية ومن حيث اللغة ، فإن العصبة في اللغة اسم للجميع ، وإطلاقها على الواحد من كلام العامة وأشباههم من الخاصة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٢ب - ٦٣أ) .

وانظر الحديث عند البخاري : (١٢/١٢) (٨٥) كتاب الفرائض (٥) باب ميراث الولد من أبيه وأمه (٦٧٣٢) : وأطرافه : (٦٧٣٥ ، ٦٧٣٧ ، ٦٧٤٦) ، ومسلم : (١٢٣٣/٢) (٢٣) كتاب الفرائض (١) باب ألحقوا الفرائض بأهلها (١٦١٥) ، والترمذي : (٣٦٤/٤) (٣٠) كتاب الفرائض (٨) باب في ميراث العصبة (٢٠٩٨) ، وابن ماجه : (٩١٥/٢)(٢٣) كتاب الفرائض (١٠) باب ميراث العصبة (٢٧٤٠) .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (والعصبة كل ذكر يدلي إلى الميت بنفسه) يُنتَقَضُ بالزوج فإنه معدودٌ فيمن يدلي بنفسه ، فيحتاج إلى أن يقول : (كل ذكر يدلي بالنسب بنفسه) فإن كان هذا مراده فاللفظ قاصر ، والله أعلم » . المشكل (٦٣/٢أ) .

(٤) في الأصل : « معتقة » ، والتعريف هو الصحيح ، وقد أثبتناه من (أ) .

(٥) وهي ما تسمى بالعصبات السببية ، قسيم العصبات النسبية .

(٦) في (أ) : « البنات للصلب » .

أو بنات الابن ، عصبات [1] كما سبق .

هذا تفصيلهم ، أما ترتيبهم :

فأولادهم البنون ، ثم بنوهم ، ثم الآباء ، ثم آباؤهم وهم الأجداد من قِبَلِ الأب ، والإخوةُ في درجة الجد يقاسمونه ، إلا إخوةَ الأم فإنهم يَسْقُطُون به . ويسقط [2] بنو الإخوة بالجد [2] وفاقًا .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يَسْقُطُ الإخوةُ أيضًا بالجد [3] .

ثم لِيُعْلَمْ [4] أن التقدُّمَ للأخ من الأب والأم ، ثم للأخ [5] من الأب ، ثم ابن الأخ من الأب والأم ، ثم ابن الأخ من الأب ، ثم العم للأب والأم ، ثم العم للأب ، ثم بنوهم على ترتيبهم ، ثم عم الأب [6] للأب والأم ، ثم عم الأب للأب ، ثم بنوهم على ترتيبهم ، ثم عم الجد على هذا الترتيب إلى حيث ينتهي .

---

(١) في (أ) : « عصبة » .

(٢) في (أ) : « الإخوة بالأب » ، وهو صحيح أيضًا . وما ثبت في صلب الأصل - وهو الذي أثبتناه - أليق بالسياق .

(٣) الصحيح عند الشافعية : أن بني الأعيان وبني العلات لا يسقطن بالجد بل يقاسمونه ، ذكره النووي ثم قال : « وقال المزني : يسقطون ، واختاره محمد بن نصر المروزي من أصحابنا ، وابن سريج ، وابن اللبان ، وأبو منصور البغداد ، والتفريع على الصحيح » . الروضة : (٢٣/٦) وراجع : مغني المحتاج : (٣/ ٢١) ، والتنبيه للشيرازي : (١٠١) .

ومذهب أبي حنيفة هو ما ذكره المصنف ، إلا أن أبا يوسف ومحمدًا قد خالفاه وقالا : يقاسم الجد الإخوة إلا أن تَنقِصَه المقاسمةُ عن الثلث . انظر : اللباب في شرح الكتاب : (١٩٩/٤) ، وراجع : رد المحتار : (٧٨١/٦) ، والاختيار : (١٠١/٥) ، ومختصر الطحاوي : (١٤٢) .

(٤) في (أ) : « لتعلم » .

(٥) في (أ) : « الأخ » .

(٦) في الأصل ، (ب) : « للأب » ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

فإن لم يكن واحدٌ من هؤلاء فالمالُ لمعتِقِ الميت ، فإن لم يكن فلعصبات المعتق ، فإن لم يكن فلمعتق المعتق ، ثم لعصباته ، ثم لمعتقه على هذا الترتيب .

هذا ترتيبهم ، وفيه فروع [أربعة] [(١)] :

الأول : ابن الأخ وإن سَفَل مقدَّمٌ على العم ؛ لأن الجهةَ هاهنا مقدمةٌ ومختلفة ، فلا نظر إلى القرب .

وأما ابن الأخ للأب ، يَقَدَّمُ على ابن ابن الأخ للأب والأم إذا سفل ؛ للقرب . مع أن جهة الأخوة جنسٌ واحد ، (٢ فإنما يُقَوم ٢) هاهنا بالقوة عند تساوي الدرجة ، فَلْيُتَنَبَّه لهذه الدقيقة .

الثاني : ابنا عمٍّ أحدُهما أخٌ لأم ، فله بأخوة الأم السدسُ ، والباقي بينهما نصفين ، ولا تُرَجِّحُ قرابتُه فتقَدِّمُه [(٣)] ، بخلاف الأخ للأب والأم حيث قُدِّمَ على [(٤)] الأخ للأب ؛ لأن القرابةَ ثَمَّ [(٥)] متجانسةٌ فامتزجت فأوجبت [(٦)] / ترجيحًا . ١٣١/أ

والثالث : بنت وابنا عمٍّ ، أحدهما أخٌ لأم : النصف للبنت ، والباقي بينهما بالسَّوية ، وأُخُوَّة الأم سقطت بالبنت [(٧)] .

وقال ابن الحداد : المال كلُّه للذي هو أخٌ لأم ؛ لأنه لا يمكن استعمالُ قرابته في التوريث فيستعمل مرجِّحًا [(٨)] ، وهو ضعيف .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « وإنما يقدم » .

(٣) في (أ) : « فَتَقَدَّم » .

(٤) في (أ) : « إلى » .

(٥) في (أ) : « ثمة » .

(٦) في (أ) : « وأوجبت » .

(٧) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢١/٦) ، مغني المحتاج : (٣٠/٣) .

(٨) في (أ) « ترجيحًا » .

الرابع : في عصبات المعتق : ولا [1] يستحق صاحبُ فرض بالولاء ، فلا مدخلَ لأنثى فيه إلا إذا [2] كانت معتقة [3] ، وإنما يَستحق بالولاء الذكورُ كما سبق في العصبات .

فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه ، فالمال للابن ؛ لأن العصوبة له هاهنا .

والأخ للأب والأم يُقَدَّم على الأخ للأب ، وإن لم تُؤَثِّر الأمومةُ هاهنا ، ولكن تصلح للترجيح .

ومن الأصحاب من طرد قولين ، كما في التقديم في ولاية النكاح .

ولو اجتمع الجد والأخ ، فقولان :

أحدهما : الأخ أولى [4] ؛ لأن إدلاءَه بالبنوة ، وهي أقوى من [5] العصوبة ، والولاءُ يدور على محض العصوبة .

والثاني : أنهما يستويان ؛ لاستوائهما في القرب والعصوبة .

فعلى هذا يُقدَّمُ الجدُّ على ابن الأخ ، وعلى الأول يقدم ابنُ الأخ على الجد ؛ لقوة البنوة .

فإن قيل : وما طريق [6 مقاسمة الجد والإخوة 6] في الوراثة بالنسب ؟

---

(١) في (أ) : « فلا » .

(٢) في (أ) : « إن » .

(٣) قال ابن الصلاح : قوله في الميراث : (فالولاء لا يدخل لأنثى فيه إلا إذا كانت ينبغي أن يعتبر بمعتقته ومعتقة المعتق ومعتقة أحد أصوله ؛ إذ بهذا يستقيم الحصر ، والله أعلم » . مشكل الوسيط (٦٣/٢أ) .

(٤) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٢٢/٦) .

(٥) في (أ) : « في » .

(٦) في (ب) : « المقاسمة بين الجد والإخوة » .

قلنا : مذهب الشافعي - رضي اللّه عنه - [أنه] [١] إذا لم يكن معهما ذو فرض جَعْلُ الجدِّ كأحد الإخوة ، ويُقَسَّم المالُ عليه وعلى الإخوة والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين ، مادام الثلث لا ينقص بالقسمة ، كما إذا كان معه أخ ، أو أخوان ، أو أخ وأخت ، أو أخ وأختان ، أو أربع أخوات .

فأما إذا نقص الثلثُ بأن كانوا أكثرَ من هذا ويُسَلَّم [٢] إليه الثلثُ كاملًا ، وقُسِّمَ الباقي على الإخوة للأب والأم [٣] .

وإن كان معه ذو فرض ، أُعْطِيَ صاحبُ الفرض سهمَه ، فإن لم يبقَ شيءٌ فُرِضَ للجد السدسُ [٤] واعتلت [٥] المسألة .

وإن بقي سدسٌ سُلِّم إليه ، وإن بقي أقلُّ من السدس اعتلت [٦] المسألة وسُلِّم له [٧] السدس .

وإن كان الباقي أكثرَ من السدس ، قُسِّم المالُ وسُلِّم إلى الجد إما ثلثُ ما يبقى [٨] بعد سهم ذوي الفروض [٩] ، أو سدسُ جميعِ المال ، أو ما يَخُصُّه بالقسمة ، أيُّها كان خيرًا له [١٠] من الأقسام الثلاثة خُصَّ به .

مسائلُه : مع الجد زوج وأخ [١١] :

---

(١) زيادة من (أ) .
(٢) في (أ) : « سُلِّم » .
(٣) انظر روضة الطالبين : (٢٣/٦) ، مغني المحتاج : (٢١/٣،٢٢) ، مختصر المزني : (١٤٧/٣،١٥٦) ، الأم : (١١/٤) .
(٤) في (أ) : « سدس » .
(٥) في (أ) : « أُعِيلَتْ » من العَوْل وهو : زيادة في سهام ذوي الفروض ونقصان من مقادير أنصبتهم في الإرث .
(٦) في (أ) : « أعيلت » .
(٧) في (أ) : « إليه » .
(٨) في (ب) : « يبقى » .
(٩) في (ب) : « الفرض » .
(١٠) قوله : « له » ليس في (أ) .
(١١) في (أ) : زيادة « وجد » وهو خطأ .

للزوج النصفُ ، والباقي بينهما نصفين [١] ، لأنه خيرٌ من السدسِ وثلثِ ما يبقى .

فلو كانا أخوين استوى القسمةُ وسدسُ الجملة وثلثُ ما يبقى .

فلو كانوا ثلاثة [٢] استوى السدسُ وثلثُ ما يبقى ، وهما خيرٌ من القسمة ، فله السدس وهو ثلث ما يبقى .

زوج وأم وأخ مع الجد :

فللزوج النصفُ ، وللأم الثلث ، لا يبقى إلا سدسُ ، فهو للجد وسقط [٣] الأخ .

ولو كان بدلَ الأخ أختٌ : فظاهر القياس أنها تسقط أيضًا ، لأنها عصبة مع الجد كالأخ .

والصحيح من مذهب زيد : أنه يفرض لها النصفَ ، لأن الجدَّ صاحبُ فرض الآن ، فهي أيضًا تنقلب إلى فرضها ، (٤ ثم يُقَسَّم مجموعُ حصتهما [٥] للذكر مثلُ حظ الأنثيين ٤) .

وأما الأخ فليس له حالٌ فرضيةٌ ، وإسقاط الأختِ أيضًا نقلٌ عن زيد في رواية .

زوج وبنت وأم وإخوة مع الجد :

للبنت النصفُ ، وللأم السدسُ ، وللزوج الربع [و] [٦] يبقى نصفُ سدسٍ ، فتُعَالُ المسألة حتى يتم السدسُ للجد ، وتسقط الإخوة .

---

(١) في (أ) : « نصفان » .

(٢) في الأصل ، (ب) : « ثلثًا » ، والمثبت من (أ) وهو الصواب .

(٣) في (أ) : « ويسقط » .

(٤) في (أ) ما بين القوسين يأتي في الترتيب بعد كلمة : « رواية » .

(٥) في (أ) : « فرضيهما » .

(٦) زيادة من (أ) .

هذا كلُّه حكمُه مع إخوة الأب والأم وجدهم .

فإن كان معه أخوةُ الأم فهم مُسْقَطُون [١] .

وإن كان معه [٢] إخوةُ الأب وحدهم ، فهم عند عدمهم بمنزلتهم . أعني : بمنزلة إخوة الأب والأم .

فأما إذا اجتمع معه إخوةُ الأب والأم ، وإخوةُ الأب ، فيُجْعَلُ الجدُّ كواحدٍ منهم ، ويُعَدُّ إخوة للأم [٣] عليه .

والحكم ما سبق بعينه ، ولا يتغير [٤] حكمُ الجد [معهم] [٥] هاهنا ، وإنما الذي يتجدَّد أن إخوة الأب يدخلون [أيضًا عليه] [٦] في الحساب وما يَخُصُّهم لا يبقى عليهم ، بل يَسْتَرِدُّ منهم أولادُ الأب والأم ، إما على الكمال إن كان فيهم ذكرٌ ، أو ما يكمل به النصيب إن تمحض الإناثُ فيهن - أعني : إخوةَ الأب والأم .

وعلته : أن سقوطهم بإخوة الأب والأم ، فلا يظهر [٧] فائدتُه إلا في حقهم . أما في حق الجد فلا يظهر [٨] مثالُه إذا لم يكن ذو فرض .

أخ لأب وأم ، وأخ لأب مع الجد :

فالثلث والقسمة سِيَّانِ ، فله الثلث ، والباقي (٩ لأخ الأب ٩) والأم . ويسقط (١٠ أخُ الأب ١٠) به ، وإن دخل في (١١ حساب القسمة ١١) .

---

(١) في (أ) : « يسقطون » .

(٢) في (أ) : « مع » .

(٣) في (أ) وهامش الأصل : « الأب أيضًا » .

(٤) في (أ) : « يُغَيِّر » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « تظهر » .

(٨) في (أ) : « تظهر » .

(٩) في (أ) : « للأخ للأب » .

(١٠) في (أ) : « للأخ للأب » .

(١١) في (أ) : « الحساب » .

وإن [1] كان بدلَ الأخ للأب أختُ لأب ، فالقسمة خيرٌ ؛ إذ يَصح [2] المسألةُ من خمسة ، ويَخُصُّ الجدَّ منها سهمان ، فيبقى ثلاثةُ أسْهُمٍ ، فتستقر [3] على الأخ من الأب والأم .

أخت لأب وأم ، وأخ لأب مع الجد :

فالمسألة من خمسة ، والقسمة خيرٌ للجد ، فإنَّ له سهمين ، يبقى ثلاثة : واحدة [4] لها ، واثنان للأخ من الأب ، فيُسْتَرَدُّ منه ما يُكَمِّلُ لها النصفَ ويبقى [5] الباقي للأخ من [6] الأب .

أختان لأب وأم ، وأخت لأب مع الجد :

فالمسألة من خمسة ، ويَخُصُّ (7 الأختين سهمان 7) ، وهو ناقص عن الثلثين ، فيسترد ما في يد الأخت للأب ، فلا يُكَمِّل الثلثين ، فيقتصر على استرداد ذلك .

أما إذا كان في صورة المعادة صاحبُ فرض ، فيُقَدَّم صاحبُ الفرض كما سبق في غير صورة المعادة على ذلك التفصيل . ويعتبر بالباقي القسمة ، أو ثلث ما يبقى ، أو السدس ، فأي ذلك (8 كان خيرًا 8) خُصَّ الجدُّ به .

فإن كان الخيرُ في القسمة / روعي في المعادة ما ذكرناه من حرمان أولاد الأب إن كان في أولاد الأب والأم ذكرٌ ، [9] واسترداد ما يكمل به نصيب الإناث إن لم يكن فيهن [10] ذكر . ١٣١/ب

* * *

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) : « تصح » .

(٣) في (أ) : « فيستقر » .

(٤) في (أ) : « سهم » .

(٥) كلمة : « يبقى » ليست في (أ) .

(٦) كلمة : « من » ليست في (ب) .

(٧) في (أ) : « الأختان سهمين » ، وهو خطأ .

(٨) في (أ) : « خير » .

(٩) في (أ) : « أو » .

(١٠) في (أ) : « فيه » .

الباب الثالث

في الحجب

فنعود إلى عدِّ [١] الأصناف المذكورين في الباب الأول ، ونقول :

أما الزوج والزوجة : فلا يُحْجَبان بوارث لأنهما يُدْليان بأنفسهما .

وأما الأم : فلا تحجب أيضًا .

والجدة تحجبها الأم ، فلا ترث مع الأم جدةٌ . وأم الأب يَحْجُبها الأب .

وكذلك القُرْبَى من كلِّ جهةٍ من الجدات تحجب البُعْدَى من تلك الجهة .

والقربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب .

والقربى من جهة الأب ، هل تحجب البعدى من جهة الأم ؟

فيه قولان ، أظهرهما : أنها لا تحجب ، بل تشارك ؛ لقوة جدودة الأم [٢] .

وأما الأب : فلا يحجبه أحدٌ . والجدُّ لا يحجبه إلا الأب .

هذا حكم مَنْ يُدلي من جهة العلو ، أما من يدلي من [جهة] [٣] السفل :

فالابن والبنت لا يُحْجَبان .

فأما [٤] ابن الابن : فلا يحجبه إلا الابنُ .

وبنت الابن يحجبها الابنُ وابنتان فصاعدًا من بنات الصلب ، وكذا الترتيب فيمن سَفَلَ منهم على اختلاف درجاتهم .

---

(١) في (أ) : « عدد » .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (٢٧/٦) ، مغني المحتاج : (١٣/٣) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « وأما » .

وأما المدلون على الأطراف :

فالأخ للأب والأم يحجبه ثلاث : الأب ، والابن ، وابن الابن .

وكذا الأخت للأب والأم .

وأما [1] الأخ للأب يحجبه [2] هؤلاء الثلاثة ، والأخ للأب والأم .

وأما الأخت للأب : يحجبها [3] هؤلاء الأربع [4] ، واثنتان فصاعدًا من الأخوات للأب والأم .

وأما الأخ للأم : فيحجبه ستة : الأب ، والجد ، والابن ، والبنت ، وابن الابن ، وبنت الابن .

وأما العم : فيحجبه من يحجب الأخَ للأب والأم [5] والأخَ للأب [6] ، كذا بنو الإخوة وقد نبهنا على ترتيب العصبات من قبل ، فلا حاجة إلى الإعادة .

فروع :

الأول : أن مَنْ لا يَرِثُ كالقاتل والكافر والرقيق لا يَحْجُبُ .

---

(١) في (أ) : « فأما » . (٢) في (أ) : « فيحجبه » .

(٣) في (أ) : « فيحجبها » .

(٤) أي : الأب ، والابن ، وابن الابن ، والأخ للأب والأم .

(٥) قوله : « والأم » ليس في (ب) .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما العم فيحجبه مَنْ يحجب الأخ للأب والأخ للأم) هكذا وقع فيما رأيناه من النسخ ، والصواب ما وقع في بعض النسخ من حذف لفظة الأم ؛ حتى يصير : فيحجبه من يحجب الأخَ للأب والأخُ للأب - بنصب الأخ الأول ، ورفع الثاني - حتى يكون الكلام مشتملًا على ذكر الأخ من الأبوين والأخ من الأب فيمن يحجب العم ، إذ هما ممن يَحْجُب . ثم لم يذكر الجد ولا بد من ذكره ، فإنه ممن يحجب العمَّ ، وإن كان ما سبق من ترتيب العصبات يدل عليه ، فذلك لا يكفيه هاهنا بشروعه في تفصيل مَنْ يحجب العم ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٣أ) .

ويُسْتثنى عن هذا مسألة ، وهي [١] : أبوان وأخوان [٢] .

فإن الأخوين يَسْقُطَان بالأب ، ويحجبان [٣] الأمَّ من الثلث إلى السدس ، لأن سقوطَهما بالأب لا بالأم . فيرجع فائدتُهما إلى الأب لا إلى الأم .

ومثله : جدتان ، إحداهما [٤] أمُّ الأب ، والأخرى أمُّ الأم ومعها الأبُ :

فلأم الأم السدسُ ، ولا يقال : إن أم الأب تشارك لولا الأب . وإنما سقوطُها بالأب ، فترجع الفائدةُ إليه ؛ لأن استحقاقَهما بالفرضية [٥] ، فلا يُنَاسِبُ استحقاقَ الأب ، وهو بالعصوبة [٦] .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) وهو الأولى .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (مَنْ لا يرث لا يحجب ويستثنى عن هذا مسألة ، وهو أبوان وأخوان) هذا غير مرضي ، فإنه يستثنى من ذلك مع هذه المسألة وما فرّعه عليها من مسألة الجدتين مسائلُ أخر ثلاث : إحداها : أم وجد وأخوان لأم ، وفي عبارته ما يمنع من اندراج هذه المسألة فيما ذكره . الثانية : أم وأب وأم وأخ لأب . الثالثة : مسألة المعادة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٣أ) .

(٣) في (ب) : « وتحجبان » وهو خطأ .

(٤) في الأصل و (ب) : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « استحقاقها » .

(٦) قال ابن الصلاح : « الفرق الذي ذكره هو وغيره في مسألة الجدتين يَبْطُل بما إذا كان مع الأم والأب أو الجد أخوان لأم ؛ فإن استحقاقهما بالفرضية واستحقاق الأب أو الجد بالعصوبة .

والفرق عندي : أن رجوع الجدة من الأم من السدس إلى نصف السدس فيما إذا ورثت الجدة من الأب - ليس بطريق الحجب الذي فيه الكلام ؛ إذ من شأن الحجب أن يبطل بسببية السبب الذي يرث به المحجوب ، والجدة من الأب لا تبطل بسببية سبب الجدة من الأم على ما لا يخفى ، وردها أباها إلى نصف السدس إنما كان من قبيل ازدحام مستحقين على ما لا يفي بهما ، يُوزَّع عليهما كما في الابنين والأخوين ونحوهما ، وكما في الابنين إذا ازدحما أَخَذَ كلٌّ واحد منهما البعضَ ، وإن انفرد أحدُهما بالاستحقاق أخذ الكلَّ ، وإذا لم يوجد من الجدة من الأب مزاحمةٌ في الاستحقاق ؛ لسقوط استحقاقها بالأب - أخذت الجدة من الأم جميعَ السدس ؛ لعدم المزاحم ، وردُّ الأم إلى السدس لم يكن بسبب الأب فإنها الأم في فرضها . فافهم ذلك ؛ فإنه عويص أنعم الله علينا بحله . والله أعلم » . المشكل (٢/٦٣ب) .

وأما الأخ والأب في تلك الصورة ، كلاهما يرثان بالعصوبة ، فأمكن ردُّ الفائدة إليه .

ومن أصحابنا مَنْ طرد القياسَ وقال : ليس لأم الأم إلا نصفُ السدس [١] .

الثاني : مهما اجتمعت قرابتان من قرابة المجوس على وجه [٢] ، لا يجوز الجمعُ بينهما في الإسلام ، سواء حصل بنكاحِ المجوس أو بالوطء بالشبهة .

فلا يُورَّثُ بهما عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - ، بل يورث بأقواهما [٣] ، ويصرف الأقوى بأمرين :

أحدهما : أن تكون إحداهما مسقطةً للأخرى ، كبنتٍ هي أختٌ لأم ، ترث [٤] بالبنوة وتسقط أُخُوَّةُ الأم .

الثاني : أن يقل حجابُ [٥] إحديهما [٦] ، كأختٍ لأب هي أمُّ الأم ، فترث

---

(١) قال في الروضة : « أب ، وأم أب ، وأم أم . فتسقط أم الأب بالأب ، وفيما ترثه أم الأم وجهان : أصحهما : السدس . والثاني : نصف السدس » . روضة الطالبين : (٢٨/٦) .

(٢) اجتماع قرابتين في شخص لا يقع إلا عند المجوس ؛ لاستباحتهم نكاح المحارم ، ثم إنهم ربما أسلموا بعد ذلك أو ترافعوا إلينا . انظر : روضة الطالبين : (٤٤/٦) .

(٣) **مذهب الشافعية** : أن المجوسي لا يورث بقرابتين ، بل يُورَّث بأقواهما . انظر : روضة الطالبين : (٤٤/٦) ، مغني المحتاج : (٢٩/٣) ، مختصر المزني : (١٥٤/٣) ، الأم : (١٢/٤) .

مذهب الحنفية : أن المجوسي يرث بالقرابة لثبوتها ، وإذا اجتمع فيه قرابتان ورث بهما . انظر : الاختيار لتعليل المختار : (١١٣/٥) ، اللباب في شرح الكتاب : (١٩٨/٤) ، مختصر الطحاوي : (١٥٠) .

(٤) في (أ) : « فترث » .

(٥) في (أ) : « حجب » .

(٦) في الأصل ، (ب) : « أحدهما » ، والمثبت من (أ) .

قال ابن الصلاح : « قال : (وقرابات المجوس يعرف الأقوى بأمرين ...) ، ثم قال : (والثاني : أن يقل حجاب أحدهما) ينبغي أن يضاف إليه » أو لا يحجب إحداهما أصلًا ، والأخرى قد يحجب كأم هي أخت لأب ، على ما ذكره في تصوير ذلك وغيره ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٣ب) .

بالجُدُودة ؛ لأنها أثبت ؛ إذ لا تسقط إلا بالأم فقط ، والأخت تَسْقُط بثلاث [١] : بالأب ، والابن ، وابن الابن .

فإذا تزوَّج المجوسيُّ بابنته فأولد [٢] بنتًا :

فمات المجوسيُّ ، فقد خلَّف بنتين : إحداهما [٣] زوجتُه ، فلا شيءَ لها بالزوجية ؛ فإنها فاسدةٌ . والأخرى بنتُ بنتٍ ، ولا توريثَ بهما ، فلهما الثلثان بالبُنُوَّةِ .

فلو ماتت العليا بعد موت الواطئ فقد خلَّفت [٤] بنتًا هي أختٌ لأب ، فلها بالبنوة النصف .

فلو ماتت السفلى أولًا ، فقد خلفت أمًّا هي أختٌ لأب فلها الثلث بالأمومة ، (٥ولا شيء لها بالأخوة ٥) .

المسألة بحالتها : لو وطئ البنتَ السفلي فأولدها [٦] بنتًا أخرى :

ومات [٧] الواطئُ ، فقد خلَّف [٨] ثلاث بناتٍ ، فلهن الثلثان ، ولا [٩] نَظَرَ إلى الزوجة ولا إلى بنوة البنت .

فلو ماتت العليا بعده فقد خلَّفت بنتًا وبنتَ بنتٍ ، هما أختان لأبٍ [١٠] ، فللبنت العليا النصفُ والباقي للسفلى بأخوة الأب ، فإن الأختَ مع البنت عصبة .

---

(١) في (أ) : « بثلاثة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فأولدها » .

(٣) في (أ) : « إحديهما » .

(٤) في الأصل و (ب) : « خلَّف » ، والمثبت من (أ) .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في (أ) : « فولدت » .

(٧) كلمة : « مات » ليست في (أ) .

(٨) في (أ) : « خلفت » .

(٩) في (ب) : « فلا » .

(١٠) في (أ) : « للأب » .

فلو ماتت الوسطى أولًا فقد خلَّفت أمًّا وبنتًا ، هما أختا أبٍ ، فللأم السدسُ [1] ، وللبنت النصفُ ، وسقط [2] أُخُوَّةُ الأبِ من الطرفين بالبنوة والأمومة .

فلو ماتت السفلى أولًا ، فقد خلَّفت أمًّا وجدةً ، هما أختا أبٍ ، فللأم الثلثُ ، وللجدة الباقي [3] بأخوة الأب ؛ لأن الجدودةَ سقطت بالأمومة .

فأما إذا وطئ المجوسيُّ أمَّه ، فولدت [4] له بنتًا :

فمات فقد خلَّف أمًّا ، وبنتًا هي أختٌ لأم ، فللأم السدسُ ، وللبنت النصفُ . وسقط [5] أخوةُ الأم .

ولو ماتت البنت ، فقد خلَّفت أمًّا هي أمٌّ لأب [6] ، فلها الثلثُ بالأمومة ، وتَسْقُطُ أمومةُ الأب .

وعلى هذا الترتيب جميع المسائل ، والله أعلم .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (فلو ماتت الوسطى أولًا ، فقد خلفت أمًّا وبنتًا هما أختان لأب ، فللأم الثلث) هذا سهو وسَبْقُ قلم ، وصوابه السدس ، وقد راجعت فيه بنيسابور أصلَ المصنف - رحمه الله - الذي كان في وقف الصبا الغازي الطوسي ، فوجدت بخط المصنف « الثلث » كما وقع في النسخ وضرب فيه عليه ، ثم أثبت بخط غيره في الحاشية « السدس » . وهكذا في قوله : (فلو ماتت السفلى أولًا ، فقد خلفت أمًّا وجدة هما أختان لأب ، فللأم الثلث ، وللجدة الباقي) » . المشكل (٢/٦٤أ) . والمثبت عندي في النسخ التي اعتمدت عليها « السدس » .

(٢) في (أ) : « وتسقط » .

(٣) في (أ) : « النصف » .

قال ابن الصلاح : « قوله : (الباقي) سهو أو طغيان قلم ، وصوابه : وللجدة النصف ، ووجدت في أصله قد ضرب على الباقي وجعل بدله النصف ، ومثل هذا لا يقع من مثله - رحمه الله وإيانا - . والله أعلم » . المشكل (٢/٦٤ب) .

(٤) في (أ) : « وولدت » .

(٥) في (أ) : « وتسقط » ، وفي (ب) : « وسقطت » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « أب » .

الباب الرابع

في موانع الميراث

وهي ستة [1] :

الأول : اختلاف الدين

فلا يرث كافرٌ من مسلم ، ولا مسلمٌ من كافر ؛ لقوله - عليه السلام - : « لا يتوارث أهلُ مِلَّتَيْن شَتَّى [2] » [3] .

ويَرِثُ [4] اليهودُ من / النصارى [4] المجوس ؛ لأن جميعَ المِلَلِ في البطلان كالمِلَّةِ ١٣٢/أ الواحدة .

[و] [5] في هذا المعنى قال [اللّه] [6] تعالى : ﴿ لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ ﴾ [7] .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (موانع الميراث ستة) تَرَكَ منها مانعَ الدَّوْر ، كما إذا اشترى ولده أو أباه عهدًا في مرض موته وعتق عليه ؛ فإنه لا يرث ؛ لمكان الدور في أمثال له معروفة في أبوابها وعُدَّ من موانع الميراث ما ليس منها ، وإنما هو من أسباب الوقف ، كما سأبينه إن شاء اللّه تعالى » . المشكل (٢/٦٤أ) .

(٢) كلمة : « شتى » ليست في (أ) .

(٣) قال ابن الصلاح : « تمسك بقوله ﷺ : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » وهذا حديث رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد اللّه بن عمرو بن العاص ، وله مرتبة الحديث الحسن ، أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه ، والذي تركه - وهو حديث أسامة بن زيد أن رسول اللّه ﷺ قال : « لا يرث المسلمُ الكافر ، ولا الكافر المسلم » - له مرتبة الصحيح ، وهو مخرج في الصحيحين ، واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٤أ) .

والحديث أخرجه أبو داود : (١٢٥/٣) كتاب الفرائض - باب هل يرث المسلم الكافر (٢٩١١) ، والترمذي : (٣٧٠/٤) (٣٠) كتاب الفرائض (١٦) باب لا يتوارث أهل ملتين (٢١٠٨) ، وابن ماجه : (٢/ ٩١٢) (٢٣) كتاب الفرائض (٦) باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك (٢٧٣١) ، والدارقطني في سننه : (٤/ ٧٢-٧٦) كتاب الفرائض حديث رقم : (٢٥،١٦) ، وراجع التلخيص الحبير : (٨٤/٣) حديث رقم : (١٣٥٧) .

(٤) في (أ) : « اليهوديُّ من النصراني » . (٥) زيادة من (ب) .

(٦) زيادة من (أ) . (٧) الآية (٦) من سورة « الكافرون » .

فرعان :

أحدهما [1] : الذميُّ هل يَرِثُ من الحربي ؟ فيه قولان :

أحدهما : نعم ؛ لاتحاد الدين .

والثاني : لا ؛ لأن حُكْمَنا لا يجري على أهل الحرب ، والتوريثُ حكمٌ شرعيٌّ [2] .

وأما المعاهَدُ : فهو في حكم الذمي ؛ لأمانه .

وقال ابن سريج : قياس قول الشافعي - رضي اللّه عنه - أنه في حكم الحربي ؛ لأنه لم يستوطئ دارَنا ، والصحيح [3] : الأول .

الثاني : المرتد لا يَرِثُ ، ولا يَرِثُه لا [4] قريبُه الكافر ، ولا قريبه المسلم ، ولا قريبه المرتد ، بل مالُه فيءٌ .

ولا فَرْقَ بين ما اكتسب بعد الردَّةِ وبين ما اكتسبه قبله .

والزنديق حكمُه حكمُ المرتد .

هذا إذا قُتِلَ أو مات ، فإن عاد إلى الإسلام استقرَّ ملكُه .

* * *

---

(١) قوله : « أحدهما » ليس في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « فلو كان أحدهما ذميًا والآخر حربيًا ، فطريقات : المذهب - وبه قطع الأكثرون - : لا يتوارثان ؛ لانقطاع الموالاة بينهما ، وربما نقل الفرضيون الإجماع على هذا . والثاني : على قولين حكاهما الإمام وغيره ، ثانيهما : التوارث ؛ لشمول الكفر » . روضة الطالبين : (٢٩/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٥/٣) .

(٣) الأصح ، وليس الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٢٩/٦) ، مغني المحتاج : (٢٥/٣) .

(٤) كلمة : « لا » ليست في (أ) .

المانع الثاني : الرقيق

(1) وهو لا يَرِثُ (1) ولا يُورَثُ ، سواء كان قِنًّا أو أمَّ ولدٍ ، أو مكاتبًا (2) ؛ لأنه لا يملك ، ومَنْ يراه أهلًا للملك على قول ، فهو ملكٌ بإذن السيد لا قرارَ له ، ولا مدخلَ للإذن في الميراث .

فرع : مَنْ نصفُه حرٌّ ونصفُه رقيقٌ لا يرث .

وإذا مات ، فهل ترثه أقاربه ؟

قال في القديم : (3) لا يرث ، كما لا يُورث (3) .

وقال في الجديد : يُورث (4) ، لأنه تحقَّقَ الملكُ ، والقريبُ أولى الناس به (5) .

فإن قلنا : لا يُورث ، فمالُه للسيد ، أو لبيت المال ، أو (6) أيهما أولى به ؟ فيه خلاف (7) .

* * *

(1) في (أ) : « فلا يرث الرقيق » .

(2) في الأصل : « مكاتب » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(3) في (أ) : « لا يورث كما لا يرث » .

(4) في الأصل ، (ب) : « يرث » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ونسخة أخرى كما على هامش الأصل .

(5) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٣٠/٦) ، مغني المحتاج : (٢٥/٣) . وانظر قول الشافعي في مختصر المزني : (١٥٠/٣) .

(6) في (أ) : « و » .

(7) قال في الروضة : فعلى القديم فيما ملكه بحريته وجهان : أصحهما عند الأكثرين – وهو نصه في القديم – أنه لمالك الباقي . والثاني : أنه لبيت المال ، وهو منسوب إلى الإصطخري ، ونقله الفرضيون عن ابن سريج وقالوا : هو الأصح . وعلى الجديد : يرثه قريبه أو معتقه . قلت [أي : الإمام النووي] : وزوجته . والله أعلم » . روضة الطالبين : (٣٠/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٥/٣) .

المانع الثالث : القتل

قال ﷺ : « ليس للقاتل من الميراث شيءٌ »[(١)] .

والقتل قسمان : مضمون ، وغير مضمون .

أما المضمون : فيوجب الحرمانَ ، سواء ضُمِنَ بالدِّيَةِ ، أو الكفارة ، أو القصاص . وسواء كان عمدًا ، أو خطأً بسببٍ كحفر البئر[(٢)] ، أو بمباشرة من مكلَّفٍ أو مجنونٍ أو صبي .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لا يُحْرَمُ الصبيُّ ولا مَنْ قَتَلَ بحفر البئر[(٣)] .

فأما الذي ليس بمضمون : كالقتل المستحق حَدًّا للّه تعالى .

فالإمام إذا قَتَل حدًّا ، ففي حرمانه ثلاثة أقوال :

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (قال النبي ﷺ : « ليس للقاتل من الميراث شيء ») هذا الحديث قد رويناه في كتاب السنن الكبير من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول اللّه ﷺ بإسناد ليس بالقوي ، غير أنه له شواهد تقويه ، واللّه أعلم » . المشكل (٦٤/٢أ ، ب) .

والحديث أخرجه أبو داود : (١٨٨/٤) كتاب الديات - باب ديات الأعضاء (٤٥٦٤) ولفظه : ليس للقاتل شيء ، وإن لم يكن له وارث فوارثه أقرب الناس إليه ، ولا يرث القاتل شيئًا » ، وأخرجه الترمذي بلفظ : « القاتل لا يرث » : (٣٧/٤) (٣٠) كتاب الفرائض (١٧) باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل (٢١٠٩) . وابن ماجه : (٨٨٣/٢،٨٨٤) (٢١) كتاب الديات (١٤) باب القاتل لا يرث (٢٦٤٥،٢٦٤٦) ، والدارقطني في سننه : (٩٥/٤،٩٦) كتاب الفرائض حديث رقم : (٨٤ ، ٨٥ ، ٨٧) . وراجع التلخيص الحبير : (٨٤/٣،٨٥) حديث رقم : (١٣٥٨ ، ١٣٥٩ ، ١٣٦٠) .

(٢) في (أ) : « بئر » .

(٣) **مذهب الشافعية :** هو ما حكاه المصنف ، وهو أن القتل المضمون يُوجب الحرمان من الميراث ، سواء كان عمدًا أو خطأً ، صدر من مكلف أو غيره . انظر : روضة الطالبين : (٣١/٦) .

مذهب الحنفية : أن قتل غير المكلف لا يُوجب حرمان الميراث ، وكذلك التسبب إلى القتل لا يمنع من الميراث . انظر : الاختيار لتعليل المختار : (١١٦/٥) ، رد المحتار على الدر المختار : (٧٦٧/٦) .

أحدها : المنع ، لعموم الحديث .

والثاني : [أنه] [١] لا يُحْرَم ؛ لأن المفهومَ السابقَ من [٢] اللفظ قتلٌ بغير حقٍّ [٣] ، ولأن الإمامَ كالنائب ، والقاتلُ هو اللّه عز وجل .

والثالث : [أنه] [٤] إن ثَبَتَ بإقراره فلا حرمان ؛ إذ لا تهمة . وإن ثبت ببينةٍ فربَّما يتطرق تهمته [٥] إلى القاضي فيه [٦] .

أما المستحَقُّ الذي يجوز تركُه ، كالقتل قصاصًا ، ودَفْعِ الصائل ، وقتل العادلِ الباغيَ ، فيه خلاف مرتب ، وأولى بالحرمان ؛ لأنه مختارٌ فيه ، وقد قَتَلَ لنفسه [٧] .

والمكرَهُ محرومٌ ، لأنه آثمٌ ، وإن قلنا : إن الضمانَ على المكره ، [٨] وفيه وجه [٨] على هذا القول [٩] .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « إلى » .

(٣) أي أن المراد من القاتل - في قوله ﷺ : « ليس للقاتل من الميراث شيء » : هو القاتل بغير حق فهو مستثنىً على هذا القول .

(٤) زيادة من (أ) . (٥) في (أ) : « تهمة » .

(٦) قال في الروضة : « فإذا قتل الإمام مورثة حدًّا بالرجم ، أو في المحاربة ، ففي منعه أوجه ، الثالث : إن ثبت بالبينة منع . وإن ثبت بالإقرار فلا ؛ لعدم التهمة . قلت : الأصح : المنع مطلقًا ؛ لأنه قاتل . واللّه أعلم » . روضة الطالبين : (٣٢/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٦/٣) .

(٧) قال في الروضة : « والمذهب وظاهر نص الشافعي - رضي اللّه عنه - في الصور كلها : منع الإرث » . روضة الطالبين : (٣٢/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٦/٣) .

(٨) في (أ) : « ففيه خلاف » .

(٩) قال في الروضة : « وسواء فيه المكره والمختار ، وفي المكره خلاف ، والمذهب : المنع » . روضة الطالبين : (٣١/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٦/٣) .

المانع الرابع : استبهام تاريخ الموت

فإذا ماتَ جماعةٌ من الأقارب تحت هَدْمٍ أو غَرْقٍ أو في سفر ، واشْتُبِهم المتقدِّمُ والمتأخِّرُ ، فيُقَدَّرُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم كأنه لم يخلف الآخرين فلا يتوارثون ، ويُوَزَّعُ مالُ كلِّ واحدٍ [منهم] [1] على من هو حيٌّ من جملة الأقارب ؛ إذ ليس [2] التقدُّمُ بأولى من التأخُّر [2] .

وكذلك إذا علمنا أنهم تلاحقوا في الموت ولكن لم نَطَّلِعْ على الترتيب ؛ وكذلك لو اطَّلعنا ولكن نسيناه .

وفي هذه الصور [3] الأخيرة احتمال [4] ، وقد ذكرنا في مثل هذه الصور [5] في النكاحين والجمعتين خلافًا ؛ لأن إعادةَ الجمعة وفسخَ النكاح له وجه [6] ، وهاهنا لا حيلةَ فيه [7] ، ولا [8] معنىً للتوقف أبدًا .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « المتقدم أولى من المتأخر » .

(٣) في (أ) : « الصورة » .

(٤) قال في الروضة : « أن يُعْلَم سبقُ موته ، ثم يلتبس ، فيوقف الميراث حتى يتبين أو يصطلحا ؛ لأن التذكر غير مأيوس منه ، هذا هو الصحيح الذي عليه الأصحاب ، وفيه وجه : أنه كما لو لم يُعْلَم السابقُ، وإليه ميل الإمام » . روضة الطالبين : (٣٣/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٦/٣) .

(٥) في (أ) : « الصورة » .

(٦) قال ابن الصلاح : « ذكر في مسألة الغرقى أنه إذا اطلعنا على المتقدم ثم نسيناه فلا توارث بينهم أيضًا وفيه احتمال ، قال : وقد ذكر في مثل هذه الصورة في النكاحين والجمعتين خلافًا ؛ لأن إعادة الجمعة وفسخ النكاح له وجه ، وهاهنا لا حيلة فيه . أما ما جعله احتمالاً فهو ظاهر المذهب وبه قطع غيره ، وما صار إليه أولًا هو وجه ذكره شيخه الإمام واختاره ، ولِمَ يورده مثل هذا الإيراد المضيع المذهب ؟ » . المشكل (٦٤/٢ب) .

(٧) قال ابن الصلاح : « قوله : (لأن إعادة الجمعة له وجه) لا وجه له ، وصوابه : لأن إعادة الظهر . وهذا ظاهر من قاعدة الكتاب ، والله أعلم » . المشكل (٦٤/٢ب) .

(٨) في (أ) : « إذ لا » .

المانع الخامس : اللّعان [1]

فإنه يقطع ميراث الولد ، وكان هذا ليس مانعًا ، بل هو دافعٌ للنسب ، إلا أنه يقتصر أثرُه على الأب ومَن يُدْلي به .

أما الأم : فالولدُ يرثها وهي ترث الولدَ ، ولها من ماله الثلثُ .

وقال ابن مسعود : أمُّه [2] عَصَبةٌ ، فلها الجميعُ .

ولو نفى توأمَيْن ، فهل يرث أحدُهما الآخرَ بالعصوبة ؟

المذهب : أنه لا يرث ؛ لأنه لا يدلي إلَّا بقرابة الأمومة ، أما الأبوة فقد انتفت ، فهو أخٌ لأم فقط .

وقال مالك - رحمه اللّه - : هو عصبة ، والأبوة انتفت في حق الأب [3] بحجة ضرورية [3] . وهو وجه لأصحابنا بعيد [4] .

وإذا ولدت المرأةُ من الزنا ، فهي ترثه ، والولدُ يرثها ، والتوأمان يتوارثان بأُخُوَّة الأم .

ومن يُنْسَبُ إلى الزنا فلا أُبُوَّةَ له ولا ميراث .

* * *

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (المانع الخامس : اللعان . وكان ليس مانعًا ، بل هو دافع للنسب) هذا هو وغيره لم يَعُدَّ هذا من الموانع أصلًا ، وهو الصواب ، ولم يكن به ضرورة إلى عده من الموانع مع أن الأمر فيه على ما ذكره . واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٤ب) .

(٢) في (أ) : « إنها » .

(٣) في (أ) : « بحجة ضرورة » ، وفي نسخة كما هو على هامش الأصل : « فتحجبه بضرورة » .

(٤) **مذهب الشافعية** : أن التوأمين المنفيين باللعان لا يتوارثان إلا بقرابة الأم ، وهو الأصح ، وفي وجه يتوارثان بأخوة الأبوين . انظر : روضة الطالبين : (٦/٤٣) .

مذهب المالكية : أن تَوْأَمَا الملاعنة يتوارثان بالأب والأم . انظر : الكافي : (٥٥٥) ، والقوانين الفقهية : (٣٩٩) .

المانع السادس : الشك في الاستحقاق [(١)]

وسببه أربعة أمور :

الأول : التردد في الوجود .

وذلك في المفقود ، والأسير الذي انقطع خبرُه ، فلا يرث عنه أحدٌ ما لم تَقُمْ بينةٌ على موته [(٢)] ، أو لم تَمْضِ مدةٌ يقضي الحاكمُ في مثلها بأن ذلك الشخصَ لا يَحْيا أكثرَ [(٣] من ذلك [٣)] . [و] [(٤)] تعتبر المدةُ من وقت ولادةِ المفقود ، لا من وقت غيبته .

فإذا قضى بموته ، وَرِثَه أقاربُه الموجودون وقتَ الحكم لا وقتَ الغيبة ؟

فأما [(٥)] ميراثه من الحاضرين ، فيجب التوقُّفُ في نصيبه إذا مات له قريبٌ ، فإن حكم القاضي بموته بعد ذلك ، فيُقَدَّرُ كأنه لم يكن موجودًا عند موت قريبه ، ويُصْرَفُ [(٦)] الموقوفُ إلى الورثة الموجودين من [(٧)] حال موت قريبِ المفقود .

وأما الحاضرون : فإن كان المفقودُ ممن يتصوَّرُ حجبُ الحاضر به ، فلا يصرف إليهم شيءٌ . وإن تُصُوِّرَ أن يَحْجُبَ عن البعض فيُتَوَقَّفُ في قَدْرِ الاحتمال [(٨)] . ولا يُصْرَفُ إليهم إلا المستقينُ ، ونأخذ [(٩)] بأسوأ الأحوال في حق كلٍّ واحد .

فإن كان النقصانُ في تقدير الحياة قَدَّرْناها ، وإن كان في تقدير الموت قَدَّرْنَا الموتَ ، حتى إذا خلَّفت المرأةُ زوجًا وأختين لأب حاضرتين ، وأخًا لأب مفقودًا [(١٠)] ، فإن كان

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (المانع السادس الشك في الاستحقاق) هذا ليس بمانع من الإرث ، وإنما هو سبب للتوقف ، ثم بعده إذا ظهر سبب الإرث ورث . والله أعلم » . المشكل (٢/٦٤ب) .

(٢) في (أ) : « بينه » ، وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « منه » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (أ) : « وأما » .

(٦) في (ب) : « ونصرف » .

(٧) كلمة : « من » ليست في (أ) .

(٨) في (ب) : « فلا » .

(٩) في (أ) : « ويأخذ » .

(١٠) في (أ) : « مفقود » وهو خطأ » .

الأخُ ميتًا فللزوج النصفُ ، وللأختين الثلثان ، والمسألة [1] تعول إلى [2] سبعة من ستة [2] .

وإن كان حيًا فللزوج نصفٌ غيرُ عائل ، والربعُ للأختين ، [3] فلا يصرف / إلى ١٣٢/ب الزوج [3] إلا ثلاثةُ أسباع المال ، وهو النصفُ العائلُ ، ويُقَدَّرُ موتُ المفقود في حقه ؛ لأنه أسوأُ الأحوال . وللأختين الربعُ ، على تقدير الحياة ، فإنه الأسوأ [4] ، والباقي موقوفٌ إلى البيان .

ومن أصحابنا من قال : تُقدر الحياةُ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم في الحال ، فإن ظهر نقيضُه غيَّرنا الحُكمَ .

ومنهم من قال : نأخذ بالموت ؛ لأن استحقاقَ هؤلاء مستيقَنٌ ، فإن ظهر نفيضُه غيَّرنا الحكمَ .

وهذان وجهان [5] متقابلان ؛ إذ يقابل الأخيرَ قولُ الأول : إن [6] الأصلَ بقاءُ الحياة ، فالصحيح [7] : التوقف عند الإشكال .

السبب الثاني : الشك في النسب .

حيث يُحْتاج إلى القائف ، فحكمُه في مدة الإشكال حكم المفقود ، فنأخذ بأسوأ الأحوال في حق الجميع .

[8] **السبب الثالث** : الشك بسبب الحمل .

فإنَّ الحمل يرث بشرطين :

أحدهما : أن ينفصل [8] حيًا ، فلو انفصل ميتًا - ولو بجناية جانٍ - كان كما لو

---

(١) في (أ) : « فالمسألة » .

(٢) في (أ) : « من ستة إلى سبعة » .

(٣) في (أ) : « ولا يصرف للزوج » .

(٤) في (أ) : « أسوأ الأحوال » .

(٥) كلمة : « وجهان » غير واضحة في (أ) .

(٦) في (أ) : « لأن » .

(٧) في (أ) : « والصحيح » .

(٨) ما بين القوسين ليس في (أ) .

انعدم من أصله .

والثاني : أن يكون موجودًا عند الموت ، وهو أن يُؤْتَى به لأقلَّ من ستة أشهرٍ من وقت الموت ، فإن كان لأكثر من أربع سنين فلا يرث ، وإن كان بين المُدَّتَيْنِ ورث ؛ لأن النسبَ يَثْبُتُ ، والإرث يتبع النسب .

ولو انفصل الجنينُ وصرخ ثم مات ، ورث .

وكذا إذا فتح الطَّرْفَ ، وامتصَّ الثدْيَ ، وأماراتُ الحياة ظاهرةٌ .

ولو تحرك ، فإن كان من قبيل اختلاجٍ وتقلُّصِ عَصَبٍ وعَضَلَةٍ [(١)] فلا أثر له ، وإن كان اختياريًّا ، كقبض الأصابع وبَسْطِها ، فهو دليلُ الحياة ، وإن [(٢)] تردد بين الجهتين فقولان [(٣)] :

أحدهما : لا يرث ؛ لعدم اليقين .

والثاني : يرث ؛ اعتمادًا على غالب الظن بالعلامة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (تقلص عصب وعضلة) فالتقلص هو الانضمام والانزواء ، والعضلة كل... ذات عصبة فهي عضلة ، كعضلة الساق وغيرها » . المشكل (٢/٦٤ب) .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن تردد بين الجهتين فقولان) ليس معناه : أنه تردد في دلالته على الحياة ، بل معناه : أنه كان بين القطع والشك بأن الموجب عليه ظنٌّ كالاختلاج ، لا في عصب وعضلة . والله أعلم » . المشكل (٢/٦٥أ) .

وقال في الروضة : « وحكى الإمام اختلاف قول في الحركة والاختلاج ، ثم قال : وليس موضع القولين ما إذا قبض اليد وبسطها – فإن هذه الحركة تدل على الحياة قطعًا – ولا الاختلاج الذي يقع مثله لانضغاط وتقلص عصب فيما أظن ، وإنما الاختلاف فيما بين هاتين الحركتين . والظاهر – كيما قُدِّر الخلاف – : أن مالا تعلم به الحياة ، ويمكن أن يكون مثله لانتشار بسبب الخروج من المضيق ، أو لاستواء عن التواء فلا عبرة به ، كما لا عبرة بحركة المذبوح .

ولو برز نصفُ الجنين وصَرَخَ ثم مات ، وانفصل ، (١ ففيه وجهان محتملان ١) .

هذا إذا انفصل ، فأما قبل الانفصال ، فهو وقت الإشكال ، فيُقدَّرُ (٢) أضرُّ الأحوال على بقية الورثة ، وأقصى الممكن - (٣ تقديرًا أربعةٌ ٣) من الأولاد (٤) في البطن ، والأنوثة والذكورة محتملةٌ - فتُقدِّر ما هو الأضرُّ بكل حال .

مثاله :

مات رجلٌ وخلَّف امرأةً حاملًا وأخًا :

لا (٥) شيء للأخ في الحال ؛ لاحتمال أن الحملَ ذكرٌ فيحجب .

ولو خلَّف أبوَيْن وامرأةً حاملًا :

أُعْطِيَ كلُّ واحدٍ من الأبوين السدسَ ، عائلًا من سبعة وعشرين ؛ لاحتمال أن يكون الحملُ بنتين ، فتقول : المسألةُ من أربعٍ وعشرين إلى سبعة وعشرين ، يكون للأم أربعةٌ ، وللأب

---

(١) في (أ) : « فإن فيه وجهان محتملان » ، وهو خطأ .

قال في الروضة : « واعلم أنه تشترط الحياة عند تمام الانفصال ، فلو خرج بعضه حيًا ومات قبل تمام الانفصال ، فهو كما لو خرج ميتًا في الإرث وسائر الأحكام ، حتى لو ضرب بطنها بعد خروج بعضه ، وانفصل ميتًا ، فالواجب الغُرَّة دون الدية . هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير . وعن القفال وغيره : أنه إذا خرج بعضه حيًا ، وَرِث وإن انفصل ميتًا ، وبه قال أبو خلف الطبري من أصحابنا » . روضة الطالبين : (٣٧/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٢٨/٣) .

(٢) في (ب) : « فنقدر » .

(٣) في (أ) : « تقديرُ أربعةٍ » .

(٤) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأقصى الممكن تقدير أربعة من الأولاد) هذا قد صار إليه بعض الأصحاب ، وهو بعيد من حيث المذهب ومن حيث الوجود ، والأصح الذي صار إليه شيخنا أبو حامد الإسفراييني وأبو بكر القفال المروزي وجمهور العراقيين والقاضي حسين وغيره من الخراسانيين : أنه لا ضبط للكفرة ، وقد وُجِدَ أكثرُ من أربعة وشوهد ذلك ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٥أ) .

(٥) في (أ) : « فلا » .

أربعة ، وللمرأة ثلاثة ، ولكل واحد من البنتين ثمانيةٌ . فهذا (١) أضرُّ (٢) التقديرات ، فنقدره في الحال .

فإن قيل : وهل (٣) يتسلَّط الحاضرون على ما سُلِّم إليهم ؟

قلنا : قال القفال : لا ؛ إذ لا (٤ تصح القسمةُ عن الحمل ٤) إلا بالقاضي ، وليس للقاضي التصرُّفُ في مال الأجِنَّة بخلاف الغائبين .

والصحيح (٥) : أنهم يتسلطون ، وأنه (٦) يجب على القاضي أن يَنُوب في القسمة ؛ كيلا تتعطَّلَ الحقوقُ .

فإن قيل : فلو (٧) ادَّعت المرأةُ الحملَ (٨) ، فربما (٩ تكون معانِدَةً ٩) ، فكيف يُنْتظر - بقولها - أربعُ سنين ؟

قلنا : إن ظهر (١٠) مخايلُ الحمل ، أو كانت قريبةَ العهد بوطء يحتمل العلوق فلابُدَّ من التوقف .

(١١ وإن لم يظهر مثلُ هذه العلامات ١١) فالمسألة محتملة ، والأولى الاعتمادُ عليها ؛ فإنها أعلمُ (١٢) بالعلامات الخفيَّة ، وهي مؤتمنة في رحمها .

---

(١) في (أ) : « فهو » .

(٢) في الأصل ، (ب) : « آخِر » ، وفي نسخة أخرى كما هو على هامش الأصل : « ضرار » ، والمثبت من (أ) وهوأولى لمناسبة المعنى .

(٣) في (أ) : « فهل » .

(٤) في (أ) : « لا يصح القسمة على الحلل » .

(٥) الأصح وليس الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٣٩/٦) ، مغني المحتاج : (٢٨/٣) .

(٦) في (أ) : « فإنه » .

(٧) في (ب) : « لو » .

(٨) في (أ) : « حملًا » .

(٩) في (أ) : « يكون معانَدَة » .

(١٠) في (أ) : « ظهرت » .

(١١) في (أ) : « فإن لم تظهر مثل هذه العلامة » .

(١٢) في (أ) : « أعرف » .

السبب الرابع : الخُنُوثة .

والخُنْثَى : مُشْكِلُ الذكورة والأنوثة .

[و] [1] قال بعض أهل العلم : لا يرث ؛ لأنه ليس بذكرٍ ولا أنثى ، وليس في الكتاب إلا ميراثُ [2] الذكور والإناث .

وقيل أيضًا : يأخذ نصفَ نصيبِ الذكر ، ونصفَ نصيب الأنثى .

وإنما مذهب الشافعي - رضي اللّه عنه - أنه إمَّا ذكرٌ ، وإما أنثى ، وهو مشكلٌ ، فيأخذ في الحال بأضرِّ التقديرات إلى البيان ، كما في الحمل والمفقود .

مَسَائِله :

إذا مات وخلَّف أخًا لأب وولدًا [3] خنثى :

فلا شيء للأخ ؛ لاحتمال أنه ابنٌ ، ،للخنثى النصفُ في الحال ؛ لأنه أضرُّ أحواله .

ولو كانا ولدَيْن خنثيين ، فلهما الثلثان في الحال ؛ لأنه الأضرُّ ، والباقي موقوفٌ بينهما وبين الأخ إلى البيان و [4] الاصطلاح منهم على شيء .

ولو كانوا ثلاثةً خَنَاثَى ، يدفع إلى كلِّ واحدٍ خُمُسَ المال في الحال ؛ لاحتمال أنه أنثى وصاحباه ذكران ، ويُوقَفُ بين الخَنَاثَى ما بين ثلاثةِ أخماسٍ إلى تمام الثلثين لاحَق فيه للأخ ، ويوقف الثلثُ الباقي بينهم (٥ وبين الأخ ٥) .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) . (٢) في (أ) : « توريث » .

(٣) في الأصل ، (ب) : « ولد » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « أو » .

(٥) في الأصل ، (ب) : « وبني العم » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

الباب الخامس

في حساب الفرائض

وفيه فصول :

[الفصل] [1] الأول

في مقدرات الفرائض ومستحقيها ومخارجها وعولها .

أما المقدرات :

فستة [2] : النصف ، ونصفه - وهو الربع - ونصف نصفه - وهو الثمن - ، والثلثان ، ونصفهما - وهو الثلث - ، ونصف نصفهما وهو السدس .

أما مستحقوها :

فالنصف ، فرض خمسة : الزوج في حالة ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت للأب والأم ، والأخت للأب على [3] ما سبق [3] .

والربع : فرض الزوج في حالة [4] ، والزوجة في حالة [4] .

والثمن : فرض الزوجة فقط .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال ابن الصلاح : « قوله : (وأما المقدرات : فستة) تحتاج إلى أن يقول : والسابع ثلث ما يبقى كأم وجدة وإخوة ، أو ربع وسدس وثلث ما يبقى كأم وزوجة وجد وإخوة . ولا يرد هذا على من قيَّد كلامه فقال : المقدرات في كتاب اللّه تعالى ستة ؛ لأن ثلث ما يبقى غيرُ مقدر في كتاب اللّه تعالى ، واللّه أعلم » . المشكل (٢/٦٥أ) .

(٣) في (أ) : « تفصيل سبق » .

(٤) في (أ) : « حال » .

والثلثان ، فرض أربعة : بنتي [1] الصلب ، وبنتي [1] الابن ، والأختين [2] للأب والأم ، والأختين [2] للأب .

والثلث ، فرض اثنتين [3] : [4] فرض الأم [4] في حالة ، وأولاد [5] الأم [6] إذا زادوا على واحد .

والسدس ، فرض سبعة : الأم ، والأب ، والجد ، والجدة ، وبنت الابن تكملة الثلثين ، والأخت [7] للأب تكملة الثلثين ، والواحد من أولاد [8] الأم .

أما مخارج هذه المقدرات سبعة :

فإن كانوا عصبات ، فالمسألة من عدد رءوسهم ، وإن كان فيهم إناثٌ فيُقَدَّر كلُّ ذكرٍ مكانَ أنثيَيْنْ .

وإن [9] كان في المسألة / أصحابُ السهام [10] ، فالمخارج سبعة : اثنان [11] ، ١٣٣/أ وثلاثة، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون .

وكلُّ فريضة احْتَجْتَ فيها إلى نصفين ، أو إلى نصف وما بقي فهو [12] من اثنين .

---

(١) في (أ) : « بنتا » .

(٢) في (أ) : « الأختان » .

(٣) في (أ) : « اثنين » .

(٤) في (أ) : « للأم » .

(٥) في (أ) : « ولأولاد » .

(٦) قال ابن الصلاح : « قوله : (والثلث فرض اثنين للأم ولأولاد الأم) بل هو فرض ثلاثة ، والثالث : الجد ؛ حيث يفرض له الثلث كاملًا مع الإخوة ، والله أعلم » . المشكل (٢/٦٥أ) .

(٧) في (أ) : « وللأخت » .

(٨) في (أ) : « ولد » .

(٩) في (أ) : « فإن » .

(١٠) في (أ) : « سهام » .

(١١) في الأصل ، (ب) : « واثنان » بزيادة واو .

(١٢) في (أ) : « فهي » .

وإن احْتَجْتَ إلى ثلث وما بقي ، أو (١ [إلى] ثلثين وما بقي ، أو [إلى] ١) ثلث وثلثين (٢ فأصلها من ٢) ثلاثة .

وإن احتجت إلى ربع وما بقي ، أو [إلى] [٣] ربع ونصف وما بقي ، فمن أربعة .

وإن احتجت إلى سدس وما بقي ، أو [إلى] [٤] سدس وثلث ، أو سدس ونصف ، أو سدس وثلثين فمن ستة .

وإن احتجت إلى ثمن وما بقي ، أو ثمن ونصف (٥ وما بقي ٥) فمن ثمانية .

وإن احتجت إلى سدس وربع ، فمن اثني [٦] عشر .

وإن احتجت إلى ثمن وسدس ، أو ثمن وثلثين فمن أربع [٧] وعشرين [٨] .

وزاد زائدون على الأصول السبعة ثمانيةَ عشر ، وستًّا [٩] وثلاثين ، وهذا يُحْتاج إليه

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « فهي » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٦) في الأصل ، (ب) : « اثنا » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « أربعة » .

(٨) قال ابن الصلاح : « قوله : (وإن احتجت إلى ثمن وسدس أو ثمن وثلث فمن أربعة وعشرين) ، هذا لا يتصور في الفرائض ؛ لأن الثمن إنما يكون للزوجة مع الولد ، والذي فرضُهم الثلث لا يكون لهم مع الولد الثلث ، وهذا مما راجعت فيه أصل المصنف الذي كان في وقف الغازي الطوسي بنيسابور - حرسها الله تعالى - فإذا به أفلح من ثمن وثلث إلى ثمن وثلثين ، وهذا صوابه ، والله أعلم » . المشكل (٦٥/٢أ) .

(٩) في (أ) : « ستة » .

في مسائل الجد [١] إذا افتقر إلى مقدَّرٍ ، وثلثِ ما يبقى [٢] بعد المقدر .

فأما عَوْلُ هذه الأصول :

فلا يدخل العول إلا على ثلاثة من الأصول السبعة ، وهي : الستة ، والاثنا [٣] عشر ، [٤] والأربع والعشرون [٤] . ولا يوجد العول في الباقي .

فالستة تَعُولُ بسدسها إلى سبعة ، وبثلثها إلى ثمانية ، وبنصفها إلى تسعة ، وبثلثيها إلى عشرة ، ولا يزيد عليه .

والاثنا [٥] عشر تعول بنصف سدسها إلى ثلاثة عشر ، وبربعها إلى خمسة عشر ، وبربعها وسدسها إلى سبعة عشر ، ولا تعول إلى الشَّفْع ، وهو أربعة عشر وستة عشر [ولا تزيد عليه] [٦] .

[٧] وأما الأربع وعشرون فيعول بثمنها إلى سبعة وعشرين [٧] .

فإذا [٨] خلَّف الميت زوجًا وأختين ، فتعول من الستة [٩] إلى سبعة : للزوج ثلاثة ، وللأختين أربعة .

---

(١) قال ابن الصلاح : « قوله : (وزاد زائدون على الأصول السبعة ثمانية عشر وستة وثلاثين ، وهذا يحتاج إليه في مسائل الجد) أما الثمانية عشر ففيها إذا اجتمع سدس وثلث ما يبقى ، كأُم وجد وإخوة ، وأما ستة وثلاثون ففيها إذا كان في المسألة سدس وربع وثلث ما يبقى ، كأم وزوجة وجد وإخوة ، زيادتهما هو المختار ؛ لأن الأصل والمخرج نعتبر فيه أن يكون أقل عدد يخرج منه جميع الفروض المجتمعة في المسألة ، وفي هاتين المسألتين ليس ذلك إلا الثمانية عشر وستة وثلاثون ، فصار هذا كالنصف وثلث ما يبقى في مسألة زوج وأبوين ؛ فإن أصلها من ستة لما ذكرناه ولا فرق ، والله أعلم » . المشكل (٦٥/٢ب) .

(٢) في (أ) : « بقي » .

(٣) في (أ) : « والاثني » ، وهو خطأ .

(٤) في (أ) : « والأربعة وعشرون » .

(٥) في (أ) : « والاثني » ، وهو خطأ.

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « وإذا كان قد » .

(٩) في (أ) : « ستة » .

(1) أما الأربع والعشرون (1) فلا تعول إلا إلى سبعة وعشرين فقط .

والعَوْل عبارة عن الرفع ، ومعناه : رَفْعُ الحسابِ ، حتى يدخلَ النقصانُ على الكلِّ على نسبة الواحد (2) لمَّا ضاق المالُ عن الوفاء بالمقدرات .

وقد اتفقت الصحابةُ في عهد عمر - رضي اللّه عنه - على العول ، وإليه أشار ابن عباس - رضي اللّه عنه - فلما (3) تُوُفِّيَ عمرُ (3) خالف (4) وقال : من شاء بَاهَلْتُه . أن الذي أحصى رَمْلَ عالجٍ عددًا لم يجعل في المال نصفًا وثلثين . فقيل : هلا (5) قلت ذلك في عهد (6) عمر - رضي اللّه عنه - ؟ فقال : كان رجلًا مَهيبًا فهِبْتُه (7) .

* * *

---

(1) في (أ) : « وأما الأربعة وعشرون » . (2) في (أ) : واحدة » .

(3) في (أ) : « بلغ » .

(4) قال ابن الصلاح : « قوله في ابن عباس - رضي اللّه عنهما - : (فلما بلغ خالف) وفي « البسيط » : (وكان صبيًّا ، فلما بلغ خالفه) هذا غير صحيح ، فقد كان بالغًا من قبل قصة العول ، وقول ابن عباس : ما شاء باهلته ، أي : لاعنته وجعلنا اللعنة على الكاذب منًّا . وفي رواية أنه تلا : ﴿ فقل تعالوا ندع أبناءنا وأبناءكم ﴾ الآية [آل عمران : 61] » . المشكل (2/65ب) .

(5) في (أ) : « فهلَّا » . (6) في (أ) : « زمان » .

(7) هذا الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (6/253) . وانظر المغني لابن قدامة : (9/29) . وقال : أخرجه البيهقي وسعيد بن منصور في باب العول من كتاب ولاية العصبة ، السنن : (1/44) . والمسألة موجودة في كتب الفقه كالمجموع وغيره . وراجع التلخيص الحبير : (3/89) .

الفصل الثاني

في طريق تصحيح الحساب

وتقدم عليه مقدمة : وهو [١] أن كلَّ عددَيْن فينسب [٢] أحدُهما إلى الآخر ، إما بالتداخل ، أو بالتوافق ، أو بالتباين .

ومعنى التباين : انتفاءُ الموافقة والمداخلة .

والمتداخلان : كلُّ عددين مختلفين أقلُّهما هو جزءٌ من الأكثر ولا يزيد على نصفه ، كالثلاثة من التسعة فإنها ثلثُها ، والخمسةُ من العشرة فإنها نصفُها ، والاثنين من الثمانية فإنها ربعُها .

والمتوافقان : كل [عددين] [٣] مختلفين لا يدخل الأقلُّ في الأكثر ، ولكن يغنيهما جميعًا [٤] عددٌ آخر أكبر [٤] من الواحد ، كالستة والعشرة يغنيهما جميعًا الاثنان ، فهما موافقان [٥] بالنصف ، والتسعة مع [٦] خمسة عشر تغنيهما [جميعًا] [٧] الثلاثة ، فهما متوافقان بالثلث .

والمتباينان : ما ليس بينهما موافقةٌ ولا مداخلة .

فإذا أردت أن تعرف [٨] المداخلة والموافقة [٨] فأسْقِطِ الأقلَّ من الأكثر مرتين أو أكثر على حسب الإمكان ، فإن فَنِيَ به فهما متداخلان .

فإذا سقَطْتَ [٩] مرة [١٠] فبقي شيءٌ ، أو مرارًا فبقي شيءٌ فلا مداخلة . فاطلب

---

(١) أي : طريق تصحيح الحساب .

(٢) في (أ) : « ينسب » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « عدد أكثر » .

(٥) في (أ) : « متوافقان » .

(٦) في (أ) : « من » .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « الموافقة والمداخلة » .

(٩) في (أ) : « وإن أُسْقِط » .

(١٠) كلمة : « مرة » ليست في (ب) .

الآن الموافقة ، وطريقه :

أن تسقط الباقي من العدد الأقل مرارًا على حسب الإمكان ، فإن بقي شيء فأسقط تلك البقيةَ من الباقي من الأول مرارًا ، فلا تزال تفعل ذلك إلى أن يَفْنَى ، فإن فَنِيَا بالواحد فهما متباينان ، وإن فنيا بعدد فهما متوافقان بالجزء المشتق من ذلك العدد .

فإن [١] فنيا باثنين فبالنصف ، أو بثلاثة فبالثلث ، أو بتسعة فبالتسع ، أو بأحد عشر فبجزءٍ من أحد عشر جزءًا ، وعلى هذا القياس .

مثاله :

إذا أردت (٢ أن تعرف ٢) نسبةَ سبعةٍ من ثمانية وعشرين ، فأسقط السبعةَ منه مرارًا فتضني بأربع مرات فهما متداخلان .

فإن أردْتَ أن تعرف اثني عشر من اثنين وعشرين ، فتُسْقِط مرةً ، فلا يبقى إلا عشرةٌ ، فلا مداخلة ، فأسْقِطِ الآن العشرةَ من اثني [٣] عشر فيبقى اثنان ، فأسقط الاثنين من العشرة ، فيفنى به [٤] ، فهما متوافقان بالنصف - أعني (٥ اثني عشرة ٥) واثنين وعشرين .

وإن [٦] أردت أن تعرف ثلاثة عشر من ثلاثين ، فتُسْقِط (٧ منه مرتين ٧) فيبقى أربعة ، فتسقط [٨] من ثلاثة عشر ثلاث [٩] مرات فبقي [١٠] واحد ، فتسقط من الأربعة

---

(١) في (أ) : « إن » .

(٢) في (أ) : « معرفة » .

(٣) في (أ) : « الاثني » .

(٤) في (أ) : « بها » .

(٥) في (أ) : « اثني عشر » ، وفي (ب) : « اثنا عشر » ، وهو خطأ .

(٦) في (أ) : « فإن » .

(٧) في (أ) : « ثلاثين » ، وهو خطأ .

(٨) في (أ) : « فتسقطها » .

(٩) في نسخة أخرى كما هو على هامش الأصل : « أربع » ، وهو خطأ .

(١٠) في (أ) : « فيبقى » .

أربع مرات فتفنى به ، فهما متباينان ، وإذ فنيا بالواحد رجعنا إلى المقصود .

فإذا عَرَفْتَ أصلَ المسألة بعولها [1] ، فانظر :

فإن انقسم على الورثة ولم ينكسر فقد صحَّت المسألةُ من أصلها ، وإن انكسر فلا يخلو إما أن ينكسر على فريق واحد ، أو على [2] فريقين ، أو [على] [3] ثلاثة ، أو أربعة لا يزيد على الأربعة .

القسم الأول : أن ينكسر على فريق واحد .

فطريقه : أن يُنْسَبَ النصيبُ إلى عدد الفريق الذي انكسر عليهم ، فإن لم يوافقه بجزء فيضرب [4] عدد رءوسهم في أصل المسألة ، فما بلغ فمنه تصح المسألة ، (5 وإن وافق بجزءٍ فاضرب جزءَ الوَفْق من عدد الرءوس في أصل المسألة ، فما بلغ فمنه تصح المسألة 5) .

مثاله :

زوج ، (6 وبنت ، وابن ابن 6) :

للزوج الربع ، وللبنت النصف ، والباقي لابن الابن ، وقد [7] صحَّت المسألة من أربعة وانقسم [8] .

ولو خلَّف بنتًا وابني ابن ؟

---

(1) في (أ) : « وعولها » .

(2) كلمة : « على » ليست في (أ) .

(3) زيادة من (أ) .

(4) في (أ) : « فتضرب » .

(5) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(6) في (أ) : « وابن ابن وبنت » .

(7) في (أ) : « فقد » .

(8) في (أ) : « وانقسمت » .

فالمسألة من اثنين ، للبنت النصف ، [١] ويبقى واحدٌ [١] لا ينقسم على اثنين فتَضْرِبُ عددَ الاثنين في [أصل] [٢] المسألة فتصير أربعة ، فمنها تصح ؛ كان للبنت واحدٌ مضروب / في اثنين ، فلها اثنان ، وكان للابنتين واحدٌ مضروب في اثنين ، فلهما اثنان ١٣٣/ب لكلِّ واحدٍ واحدٌ .

ولو خلَّف أمًّا وأربعةَ أعمام :

المسألة [٣] من ثلاثة : للأم واحدٌ ، يبقى اثنان لا ينقسم على أربعة [٤] ، ولكن يوافق بالنصف فيُضْرَبُ [٥] جزءُ الوَفْق من عدد الفريقين [٦] - وهو اثنان - في أصل المسألة - هو ثلاثة - فتصير [٧] ستة .

كان للأم واحدٌ ضُرِبَ في اثنين ، فلها من الستة اثنان - وهو الثلث - وكان للأعمام من الأصل اثنان مضروبان في اثنين ، فهو أربعة ، فينقسم [٨] عليهم .

القسم الثاني : أن ينكسر على فريقين .

[٩] ولها أحوال ثلاث [٩] :

إحداها [١٠] : أن توافق [١١] سهامُ كلِّ فريقٍ عددَ رءوسِ الفريقين [١٢] بجزء ، فإن كان كذلك فرُدَّ عددَ كلِّ فريق إلى جزء الوفق .

---

(١) في (أ) : « واحد يبقى » .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) : « فالمسألة » .

(٤) في (أ) : « الأربعة » .

(٥) في (أ) : « فتضرب » .

(٦) في (أ) : « الفريق » .

(٧) في (أ) : « فيصير » .

(٨) في (أ) : « فيقسم » .

(٩) في (أ) : « وله ثلاثة أحوال » .

(١٠) في (أ) : « إحديها » ، وهو خطأ ، وفي (ب) : « أحدها » .

(١١) في (أ) : « يوافق » .

(١٢) في (أ) : « الفريق » .

الثانية : أن لا يوافق أصلًا ، فاتْرُكْ [(١)] عددَ كل فريق بحاله .

الثالثة : أن يوافق واحدٌ دون الآخر ، فما وافق (٢ يُرَدُّ عدد ذلك الفريق ٢) إلى الوفق ، وما لم يوافق [(٣)] فاتركه بحاله . ثم إذا فرغت من ذلك فانظر إلى ما حصل من عدد الفريقين ، فإن كانا متماثلين فاطْرَحْ أحدَهما واكْتَفِ بالآخر واضربه في أصل المسألة بعَوْلها ، فمنه تصح المسألة [(٤)] .

وإن [(٥)] لم يكونا متماثلين ، فانظر ، فإن كانا متداخلين – وهو أن يكون الأقلُّ جزءًا من الأكثر لا يزيد على نصفه – فاطرح الأقلَّ واضرب الأكثر في أصل المسألة بعولها – إن عالت – فما بلغ فمنه تصح المسألة .

وإن كانا متباينين فاضرب أحدَهما في الآخر ، فما بلغ فاضربه في أصل المسألة ، فما بلغ (٦ صحَّت منه ٦) المسألة .

وإن كانا متوافقين فاضرب جزءَ الوفق من أحدهما في جملة الآخر ، ثم اضرب [(٧)] المجموع في أصل المسألة ، (٨ فما بلغ فمنه تصح المسألة ٨) .

مثاله :

أخوان لأم ، وثلاثة إخوة لأب :

أصل المسألة من ثلاثة ، لأخوي الأم واحدٌ ينكسر عليهما ، ولا موافقة .

ولإخوة الأب اثنان ينكسر عليهم ، ولا موافقة . فاضرب عددَ ولدِ الأم – وهو

---

(١) في (أ) : « فأنْزِلْ » .

(٢) في (أ) : « فَرُدَّ عدد كل فريق » .

(٣) في (أ) : « يوافقه » .

(٤) كلمة : « المسألة » ليست في (أ) .

(٥) في (أ) : « فإن » .

(٦) في (أ) : « فمنه تصح » .

(٧) في (أ) : « واضرب » .

(٨) ما بين القوسين ليس في (أ) .

اثنان - في عدد ولدِ الأب - وهو ثلاثة - فبلغ [١] ستةً ، فاضربها في أصل المسألة - وهو ثلاثة - فيبلغ ثمانيةَ عشرَ ، فمنه تصح المسألة [٢] .

كان لولد الأم [من الأصل] [٣] سهمٌ في ستة ، يكون لهما ستةٌ ، لكل واحد منهما ثلاثةٌ . وكان لولد الأب سهمان في ستة يكون اثني عشر ، لكل واحد أربعة .

ثلاث بنات ، وبنت ابن ، وابن ابن :

أصلها من ثلاثة ، للبنات الثلثان ، سهمان على ثلاثة ، لا يصح ولا يوافق . ولأولاد الابن واحدٌ على ثلاثة ، لا يصح ولا يوافق ، فقد وقع الكسرُ على جنسين . إلا أنهما متماثلان ؛ فإنَّ كلَّ واحد من عدد الرءوس ثلاثة ، فتكتفي [٤] بأحدهما وتضرب [٥] في أصل المسألة - وهي [٦] أيضًا ثلاثة - فيصير [٧] تسعة فمنها تصح .

كان للبنات سهمان في ثلاثة ، يكون لهن ستةٌ ، لكل واحدة سهمان . وكان لأولاد الابن من [٨] الأصل سهمٌ ، وقد ضُرِبَ في ثلاثة فيكونَ [٩] ثلاثةً ، للابن اثنان ، وللبنت واحد [١٠] .

ثلاث بنات ، وستة إخوة لأب ؟

أصلها من ثلاثة ، للبنات الثلثان ، سهمان [١١] على ثلاثة ، لا يصح ولا يوافق .

---

(١) في (أ) : « فتبلغ » ، وفي (ب) : « فيبلغ » . (٢) كلمة : « المسألة » ليست في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) . (٤) في (أ) : فيكتفي » .

(٥) في (أ) : « ونضرب » . (٦) في (أ) : « وهو » .

(٧) في (أ) : « فتصير » . (٨) في (أ) : « في » .

(٩) في (أ) : « فتكون » .

(١٠) في الأصل : « واحدة » ، والمثبت من (أ) ، (ب) ، وهو الأولى .

(١١) كلمة : « سهمان » ليست في (أ) .

والباقي [١] للإخوة ، [٢] وهم ستة منهم [٢] على ستة ، لا يصح ولا يوافق ، وأحد الجنسين يدخل في الآخر - أعني الثلاثة في الستة - فيكتفي بالستة ، ويُضْرَب في أصل المسألة - [٣] وهي ستة [٣] - فيبلغ [٤] ثمانية عشر ، فمنها تصح ، وطريق القسمة ما مضى .

زوج ، وثمانية إخوة لأم ، وتسع أخوات لأب ؟

أصلها من ستة ، وتعول إلى تسعة ، للزوج النصف - ثلاثة - وللإخوة للأم سهمان على ثمانية ، لا يصح ولكن يوافق [٥] بالنصف ، فيُرَدُّ [٦] عددُ رءوسهم إلى الوفق ، فتعود إلى أربعة [٧] .

وللأخوات الثلثان ، أربعة على تسعة ، [٨] لا تصح ولا توافق [٨] ، فقد انكسر على جنسين : أحدهما أربعة ، والآخر تسعة . لا مداخلة ، فيُضْرَب [٩] أحدُهما في الآخر ، فيبلغ ستةً وثلاثين ، فنضربهما [١٠] في المسألة بعولها - وهي تسعة - فيبلغ [١١] ثلثمائة وأربعة وعشرين .

كان للزوج من الأصل ثلاثةٌ مضروبة في ستة وثلاثين ، فله مائة وثمانية ، وكان للإخوة من الأم سهمان في ستة وثلاثين ، يكون لهم [١٢] اثنان وسبعون [١٢] ، بينهم على ثمانية ، لكل واحد تسعة ، وكان للأخوات أربعة في ستة وثلاثين ، يكون لهم [١٣] مائة

---

(١) في (أ) : « فالباقي » .

(٢) في (أ) : « وهو سهم » ، أي : الباقي .

(٣) في (أ) : « وهو ثلاثة » ، أي : أصل المسألة .

(٤) في (أ) : « فتبلغ » .

(٥) في (أ) : « توافق » .

(٦) في (أ) : « فترَدُّ » .

(٧) في (أ) : « الأربعة » .

(٨) في (أ) : « لا تصح ولا توافق » .

(٩) في (أ) : « فتَضْرِب » .

(١٠) في (أ) : « فنضربها » .

(١١) في (أ) : فتبلغ » .

(١٢) في (أ) : « اثنين وسبعين » ، وهو خطأ .

(١٣) في (أ) : « لهم » ، وهو خطأ .

وأربعة وأربعون ، لكل واحدة [1] ستة عشر .

القسم الثالث : أن ينكسر على ثلاث فرق .

وطريق ما سبق في الفريقين ، فإن وافق جميعُ السهام عددَ الرءوس يُرَدُّ [2] عددُ الرءوس إلى جزء الوفق ، وإن وافق البعضُ ترد ذلك إلى الوفق دون الباقي ، وإن لم يوافق بشيء [3] فيترك بحاله .

ثم ينظر بين الأعداد الثلاثة ، فما تَمَاثَلَ منها يُكْتَفَى [4] بالواحد ، وما تداخل يُسْقَطُ الأقلُّ ويكتفى بالأكثر ، [5] وما توافق فيُضْرَبُ جزءُ الوفق من أحدهما في مجموع الآخر [5] ، وما تباين فنَضْرِبَ أحدَ الأعداد في الثاني ، فما بلغ فيُضْرَبُ [6] في الثالث ، فما بلغ فهو المبلغُ الذي يُضْرَبُ فيه أصلُ المسألة .

وهكذا [7] [القياس في] [7] الانكسار على أربع فرق ، وهو القسم الرابع ، ومعرفته من القياس الذي ذكرناه [8] [واضح] [8] .

* * *

(1) في (أ) : « واحد » ، وهو خطأ .

(2) في (أ) : « فترد » .

(3) في (أ) : « شيء » .

(4) في (ب) : « نكتفي » .

(5) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(6) في (أ) : « فنضرب » .

(7) زيادة من (أ) .

(8) زيادة من (أ) .

الفصل الثالث

في حساب الخَنَاثَى

وطريقه : أن تُصَحَّحَ الفريضةُ بتقدير الأنوثة ، [ثم بتقدير الذكورة] [(١)] ، ثم تُطْلَبُ المماثلةُ والمداخلة والموافقة [(٢)] .

فإن تماثلا فيكتفي [(٣)] بأحدهما ، وإن تداخلا فيكتفي بالأكثر ، فإن توافقا فترده .

مثاله :

ولدان خُنْثَيَان [(٤)] ، وعم :

فالاحتمالات أربعة :

أن يكونا ذكرين ، فالمسألة من اثنين .

أو يكونا أنثيين ، فالمسألة من ثلاثة .

أو يكون الأكبر ذكرًا والأصغر أنثى ، فالمسألةُ من ثلاثة .

أو بالعكسُ فالمسألة من ثلاثة .

فقد تحصَّلنا / على اثنين وعلى ثلاث مرات ، فيكتفي [(٥)] بواحدة [(٦)] ، ويضرب [(٧)] ١٣٤/أ الاثنين في الثلاثة فيصير [(٨)] ستة ، فيصح [(٩)] المسألة .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) كلمة : « الموافقة » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « فنكتفي » .

(٤) في (أ) : « خنثيين » ، وهو خطأ .

(٥) في (ب) : « فنكتفي » .

(٦) في (أ) : « بواحد » .

(٧) في (أ) : « فنضرب » .

(٨) في (أ) : « فتصير » .

(٩) في (أ) : « فتصبح » .

فيصرف [1] أربعة إليهما ، لكل واحدٍ سهمان . ويتوقف في سهمين بينهما وبين العم ، فإن ظهر [2] ذكورةُ واحدٍ سلَّمنا واحدًا من السهمين إليه . فإن بان أنوثةُ الثاني يسلم[3] الباقي إلى الأخ . وإن [4] بان ذكورته سُلِّم إليه .

أما إذا كانوا ثلاثةً ، فيتضاعف الاحتمالُ [5] بكلِّ واحدٍ يزيد ، فإن [6] كان الاحتمالُ في [7] اثنين أربعًا [7] ، ففي الثلاثة ثمانيةٌ ، ولكن لا يختلف الحكمُ بأربعةٍ منها ينشأ من الأصغر والأكبر .

فالاحتمالات المعتبرة أربعة :

أن يكونوا ذكورًا ، فالمسألة من ثلاثة .

أو يكونوا [8] إناثًا ، فالمسألةُ أيضًا من ثلاثة ، وتصح من تسعة .

أن [9] يكون ذكرٌ وأُنْثَيان [9] ، فتصح من أربعة .

أو أنثى [10] وذكران ، فيصح [10] من خمسة .

فقد تحصلنا على أربعة أعداد : ثلاثة ، وأربعة ، وخمسة ، وتسعة . إلا أن الثلاثةَ داخلةٌ في التسعة فنسقطها [11] ، فيبقى ثلاثة أعداد ، فنضرب خمسةً في أربعة فيصير[12] عشرين ، فنضرب [العشرين] [13] في التسعة - التي هي العدد الثالث -

---

(1) في (أ) ، (ب) : « فتصرف » .

(2) في (أ) : « ظهرت » .

(3) في (أ) : « سلما » ، وفي (ب) : « سُلِّم » .

(4) في (أ) : « فإن » .

(5) في (أ) : « الاحتمالات » .

(6) في (أ) : « فإذا » .

(7) في (أ) : « الاثنين أربعة » .

(8) في (أ) : « يكونا » ، وهو خطأ .

(9) في (أ) : « يكونوا ذكرًا وأنثيين » .

(10) في (أ) : « وذكرين ، فتصح » .

(11) في (أ) : « فتسقطها » .

(12) في (أ) : « فتصير » .

(13) زيادة من (أ) .

فيصير[1] مائة وثمانين ، فمنها تصح المسألة بكل تقدير يُفْرَض .

ولو كان خنثى ، وولد ابن خنثى ، وعصبة :

فالأحوال أربعة :

أن يكونا ذكرين ، فالمسألة من واحد .

أو أنثيين ، فالمسألة من ستة .

أو الأعلى ذكرًا [2] والأسفل أنثى ، فالمسألة من واحد ، إذا [3] المال للأعلى .

أو بالعكس ، فالمسألة من اثنين .

فقد تحصلنا على اثنين وستة ، وعلى واحدٍ مرتين ، فيكتفى بأحدهما . والاثنان [4] (٥ داخلٌ في الستة ٥) وكذا الواحد ، فتصح الفريضة من ستة ، يصرف إلى ولد [6] الصلب النصفَ - وهو ثلاثة - فإنه أضَرُّ أحواله .

فإن بان ذكورتُه صُرِفَ إليه الباقي ، وإن بان ذكورة الأسفل دون الأعلى [7] (٨لم نصرف إليه شيئًا ٨) ؛ لاحتمال أن الأعلى ذكرٌ .

وإن [9] بان أنوثةُ الأعلى دون الأسفل صُرِفَ إلى الأسفل في الحال سهمٌ ؛ لأن أضر أحواله أن يكون أنثى ، فيستحق الواحد ، ولا يُصْرَفُ إلى العصبة شيءٌ مادام يمكن أن يكون أحدُهما ذكرًا .

---

(١) في (أ) « فتصير » .

(٢) في (أ) : « ذكر » ، وهو خطأ .

(٣) في (أ) : « إذ » .

(٤) في (أ) : « واثنان » .

(٥) في (ب) : « داخلان في ستة » .

(٦) في (أ) : « الولد من » .

(٧) في (ب) : « الأول » .

(٨) في (أ) : « لم يُصْرَفْ إليه شيءٌ » .

(٩) في (أ) : « فإن » .

الفصل الرابع

في حساب المناسخات

[و] [1] صورة هذا الباب : أن يموت إنسانٌ فلا يُقَسَّم ميراثُه حتى يموت بعضُ ورثته ، وربما لا يقسم حتى يموت ثالثٌ ورابع وخامس .

ومطلوب [2] الباب تصحيحُ مسألة الميت الأول من عددٍ ينقسم نصيبُ كلِّ ميت منه بعده على مسألته .

ولو أفرد [3] مفردٌ كلَّ [3] مسألة بحسابها لم يكن وافيًا بمقصود المسائل [4] ؛ فإن فرضَه قسمةُ المسائل على حسابٍ واحد ، من جهة أن التركةَ واحدةٌ في غرض السؤال [5] .

فالأصل في حساب الباب أن تنظر ؛ فإن كان ورثةُ الميت الثاني والثالث ومَنْ بعدهم ورثةَ الميت الأول ، وكان ميراثُهم من كلٍّ واحدٍ على سبيل ميراثهم من الميت الأول ، وذلك بأن يكونوا عصبةً لكل واحدٍ منهم فاقْسِمْ مالَ الميت الأول بين الباقين من الموتى كأنه ما خلَّف غيرهم ، وإن [6] كانوا ذكورًا فبالسَّوية ، وإن كانوا ذكورًا وإناثًا فللذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله :

خلَّف الميتُ أربعَ إخوة وأختين ، ثم مات أخ ، ثم مات أخ آخر ، ثم ماتت أخت ، وكل ذلك قبل قسمة التركة :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « ومقصود » .

(٣) في (أ) : « كلُّ مفردٍ » .

(٤) في (أ) : « السائل » .

(٥) في (أ) : « السائل » .

(٦) في (أ) : « إن » .

فيقسم المالُ للأول [١] والثاني والثالث والرابع على أخوين وأخت بينهم على خمسة أسهم [٢] ، كأنَّ كلَّ واحدٍ منهم ما خلَّف إلا أخوين وأختًا .

فإن كان ورثةُ [الميت] [٣] الثاني يرثون منه خلافَ ميراثهم من الأول ، أو [٤] ورثوا من الثاني ولم يرثوا من الأول - فصحِّحْ [٥] مسألةَ كلِّ واحدٍ من الميتين ، واستخرجْ نصيبَ الميت الثاني من مسألة الميت الأول ، وانظر ، فإن كان نصيبُه يصح على مسألته فقد صحَّت المسألتان ممَّا صحت منه مسألةُ الميت الأول .

مثاله :

امرأة ماتت وخلَّفت زوجًا وأخوين من أم ، ثم مات الزوجُ وخلَّف ابنًا وبنتًا :

فإن مسألةَ الميت الأول تصح [٦] من ستة ، للزوج النصف - ثلاثة - ولأخويها [٧] الثلثُ - سهمان .

ثم مات الزوجُ عن ابن وبنت ، ومسألتُه من ثلاثة ، ونصيبُه من المرأة ثلاثة - وهي صحيحةٌ على مسألته - فاقسم مالَ الميت الأول على ستة : سهمان لأخويها ، وسهمان لابن زوجها ، وسهمٌ لبنت زوجها ، وما يبقى منهم [٨] للعصبة .

وإن كان نصيبُ الميت الثاني من مسألة الميت الأول - لا يصح [٩] على مسألته /- ١٣٤/ب فانظر فإن لم يوافقها بجزء فاضرب مسألة [الميت] [١٠] الثاني في مسألة [الميت] [١١]

---

(١) في (أ) : « الأول » .
(٢) في (أ) : « سهم » ، وهو خطأ .
(٣) زيادة من (أ) .
(٤) في (أ) : « و » .
(٥) في (أ) : « فتصحح » ، وفي (ب) : « فيصحح » .
(٦) في (أ) : « يصح » .
(٧) في (أ) : « ولإخوتها » ، وهو خطأ .
(٨) في (أ) : « منه » .
(٩) في (أ) : « تصح » .
(١٠) زيادة من (أ) .
(١١) زيادة من (أ) .

الأول ، فما بلغ فمنه تصح المسألتان .

فمن كان له من المسألة الأولى شيءٌ أخذه مضروبًا في المسألة الثانية . ومن كان له من المسألة الثانية شيءٌ أخذه مضروبًا في نصيب مورثه عن الميت الأول .

ومثاله [١] :

زوج وأخوان لأم وواحد من العصبات ، ثم مات الزوج وخلَّف خمسَ بنين ؟

فمسألة الميت الأول من ستة ، ومسألة الميت الثاني من خمسة ، ونصيبُه من الأول[٢] ثلاثة ، فلا تصح على خمسة ، ولا توافق ، فتضرب المسألةَ الثانية – وهي خمسة – في المسألة الأولى – وهي ستة – فيبلغ [٣] ثلاثين ، ومنها تصح المسألتان .

كان لأخوين [٤] من الأول سهمان في خمسة ، فيكون لهما عشرة . وكان لبني الزوج من الثانية خمسة مضروبة فيما مات (٥ عنه الزوجُ ٥) – وهو ثلاثة – يكون لهم خمسةَ عشرَ ، لكل واحدٍ منهم ثلاثة . وكان للعصبة من الأولى سهم في خمسة ، ففي[٦] المسألة الثانية يكون لهما [٧] خمسة ، وقد تمَّت القسمة .

وإن كان نصيبُ الميت الثاني من المسألة الأولى لا يصح على مسألته ، ولكن يوافِقُ بجزءٍ فاضْرِبْ وفقَ المسألة الثانية – لا وفقَ النصيب – في المسألة الأولى ، فما بلغ فمنه تصح المسألتان .

ومن [٨] له من المسألة الأولى شيءٌ أخذه مضروبًا في وفق المسألة الثانية ، [ومن له

---

(١) في (أ) : « مثاله » بدون الواو .

(٢) في (أ) : « الأولى » ، أي : المسألة الأولى ، والمراد بالأول : الميت الأول .

(٣) في (أ) : « فتبلغ » .

(٤) في (أ) : « للأخوين » .

(٥) في (ب) : « الزوج » .

(٦) في (أ) : « وهي » .

(٧) في (أ) : « لها » .

(٨) في (ب) : « فمن » .

من المسألة الثانية شيء أخذه مضروبًا في وفق نصيب مورثه من الميت الأول] [1] .

مثاله : زوج وجد وأم وثلاث إخوة لأب ، ثم مات الزوجُ وخلَّف ستة [2] بنين :

فمسألة [الميت] [3] الأول تصح من ثمانية عشر ، ونصيبُ الزوج منها تسعةُ ، ومسألته من ستة ، والتسعة لا تصح [4] على ستة [5] - ولكن يوافقها بالثلث - فاضْرِبْ ثلثَ الستة - لا ثلث التسعة - وهو اثنان في المسألة الأولى - وهي ثمانية عشر - فتبلغ ستة وثلاثين ، فمنها تصح المسألتان .

للأم من [المسألة] [6] الأولى ثلاثة مضروبة في اثنين ، وهو وَفْقُ [7] الستة ، فيكون [7] لها ستة . وكان للجد من الأولى ثلاثة مضروبة في اثنين ، فله ستة . وللإخوة من الأولى ثلاثةٌ مضروبة في اثنين ، فيكون [8] لهم ستة لكل واحدٍ منهم اثنان .

وكان لبني الزوج تسعةٌ مضروبة في اثنين ، فلهم ثمانية عشر ، [9] ولكل واحد من البنين من المسألة الثانية واحدٌ مضروب في جزءٍ وَفْق نصيبِ مورثه من الميت الأول - وهي ثلاثة - فيكون المبلغ ثمانية عشر [9] ، لكل واحد ثلاثة .

وعلى هذا فَقِسْ إن مات ثالثٌ ورابع وخامس قبل قسمة مالِ الميت الأول ،

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في الأصل ، (ب) : « ست » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في الأصل ، (ب) : « يصح » ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « الستة » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في (أ) : « المسألة ، يكون » .

(٨) في الأصل ، (ب) : « يكون » والمثبت من (أ) .

(٩) ما بين القوسين ليس في (أ) .

فصحِّحْ مسألةَ كلٍّ واحد منهم ، فإن كان نصيبُ كل واحد منهم يصح على مسألته ، فقد صحت المسائلُ كلُّها مما صحت منه المسألةُ الأولى .

وإن لم يصح ولم يوافق فاضرِبْ المسألةَ الثالثة فيما صحت [١] منه المسألتان الأوليان ، وإن كان في الثالثة وفقٌ فاضرب وفقَ المسألة فيما صح منه الأوليان ، وهكذا فافعل بالرابع والخامس ، وما زاد عليه فما بلغ منه [٢] تصح المسائلُ كلها .

فإذا أردت القسمةَ فتعرف [٣] ما يتحصل لكل واحد بعد كثرة الضرب وتكرُّرِه .

فطريقه : أن تضرب سهامَ ورثة الميت الأول في مسائل المُتَوَفَّيْنَ بعده ، مسألةً بعد مسألة إن لم تكن سهامُهم انقسمت عليهم ولا وافقها .

وإن انقسمت سهامُ بعضهم على مسألته فلا تضربه في تلك المسألة ، واضربه في بقايا المسائل . وإن وافقت سهامُ بعضهم مسألتَه فاضربه في وفق تلك المسألة ، فما بلغ فهو نصيبه .

ومن له من المسألة الثانية أو الثالثة أو الرابعة شيءٌ ، فاضربه فيما مات عنه مورثه ، أو في وفقه - أعني وفقَ النصيب - ثم ما [٤] بلغ فاضربه في مسائل المتوفَّيْنَ بعده ، مسألةً بعد مسألة ، أو في وفقها - أعني وفقَ المسألة - إن كان من [٥] جملتها ما وافق السِّهام فيه المسألة على الشرط المذكور في الميت الأول ، فما بلغ فهو نصيبُه من الميت الأول .

مثاله :

امرأة ، وأم ، وثلاث أخوات متفرقات :

---

(١) في (أ) : « صح » .

(٢) في (أ) : « فمنه » .

(٣) في (أ) : « وأن تعرف » .

(٤) في (ب) : « فما » .

(٥) في (أ) : « في » .

المسألة من خمسة عشر عائلًا [١] .

ماتت الأم وخلَّفت زوجًا وعمًّا وبنتين هما الأختان من الأخوات المتفرقة [٢] في المسألة الأولى ، ومسألتها من اثني عشر ، وفي يدها سهمان - وافق [٣] مسألتها بالنصف - فاضرب نصفَ مسألتها - وهي [٤] ستة - في المسألة الأولى ، تكون تسعين .

ثم ماتت الأختُ من الأب وخلفت زوجًا وأمًّا وبنتًا وأختًا لأب هي واحدةُ الأخوات في أصل المسألة ، ومسألتها من اثني عشر ، ولها من المسألة سهمان مضروبان في وفق الثانية - وهي [٥] ستة - يكون اثني عشر ، وذلك منقسم [٦] على مسألتها ، فصحت [٧] المسائلُ الثلاثة من تسعين .

للمرأة من الأولى ثلاثةٌ مضروبة في ستة ، يكون ثمانية عشر .

وللأخت للأم [٨] من الأولى سهمان في ستة ، يكون اثني عشر ، و [لها] [٩] أيضًا من الثانية أربعةٌ في واحد ، فجميعُ ما لها ستة عشر .

وللأخت من الأب والأم من الأولى ستةٌ في ستة ، ومن الثانية أربعة في واحد ، وواحدٌ وهو ما يخرج [١٠] من قسمته من سهام الثالث [١١] على مسألتها ، فجميع مالها واحد وأربعون .

ولزوج الثانية ثلاثة في واحد [١٢] ، ولعمها [١٣] سهم في واحد .

---

(١) في (أ) : « عائلة » .

(٢) في (أ) : « المتفرقات » .

(٣) في (أ) : « توافق » .

(٤) في (ب) : « هو » .

(٥) في (أ) : « هو » .

(٦) في (أ) : « ينقسم » .

(٧) في (أ) : « صحت » .

(٨) في (أ) : « من الأم » .

(٩) زيادة من (أ) .

(١٠) في (أ) : « خرج » .

(١١) في (أ) : « الثالثة » .

(١٢) في الأصل ، (ب) : « واحدة » ، والمثبت من (أ) ، وهو الصواب .

(١٣) في (أ) : « ولعمتها » .

ولزوج الثالثة ثلاثة في واحد [١] ، ولبنتها ستةٌ في واحد [٢] ، ولأمها سهمان في واحد .

مثال آخر :

امرأة [٣] وابن وبنت وأخ من أب ، فمات الابن وخلَّف مَنْ خلَّف [أبوه] [٤] وهم : أمُّه وأخته وعمه ، ثم ماتت البنت وخلفت زوجًا وبنتًا ومن خلفت [٥] ، ثم ماتت المرأة وخلفت زوجًا وأخًا :

فالمسائل الأربعة كلها تصح من مائة وأربعة وأربعين على ما ذكرنا [٦] في مراسم الحساب ، فلا نُطَوِّل بتفصيله [٧] .

* * *

(١) في الأصل ، (ب) : « واحدة » ، والمثبت من (أ) ، وهو الصواب .

(٢) في الأصل ، (ب) : « واحد » ، والمثبت من (أ) ، وهو الصواب .

(٣) في (أ) : « زوجة » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) في (ب) : « خلف » ، أي : ومن خلف أبوها غير الابن الذي مات .

(٦) في (أ) : « ذكرناه » .

(٧) في (أ) : « تفصيله » .

الفصل الخامس

في قسمة التَّرِكَات

ومضمون [1] هذا الباب - قسمة التركات - إذا كانت التركةُ مقدرةً بكيلٍ أو وزن ، فإن لم تكن التركةُ كذلك ، فما نحاوله في الباب يجري في تقدير قيمة التركة [2] .

وهذا الباب كثير [3] الفائدة ، وكأنه ثمرةُ الحساب في الفرائض ، فإن المفتي قد يصحح المسألة من الألف والتركة مقدارٌ نَزْرٌ ، فكيف يفيد كلامُه بيانًا ؟

ونحن نذكر مثالين :

أحدهما : أن لا يكون في التركة المُخَلَّفة كَسْرٌ .

والثاني : أن يكون فيها كسر .

فإن لم يكن فيها كسر فالوجه أن تُبَيِّنَ سهامَ الفريضة أولًا ، وتَعْرِفَ العدد الذي منه تصح المسألةُ كما تمهَّد ذلك فيما سبق ، ثم تَنْظُر [4] إلى التركة وتأخذ سهامَ كل واحد من الورثة من جملة العدد الذي صحت المسألةُ منه ، وتضربها في التركة ، فما بلغ قُسِّم [5] على العدد الذي تصح منه المسألة ، فما خرج فهو نصيبُ ذلك الوارث .

ولا فرق بين أن يكون في المسألة عَوْلٌ ، وبين أن لا يكون فيها عول .

مثال ذلك :

أربع زوجات ، وثلاث جدات ، وست أخوان لأب ، والتركة خمسة وستون دينارًا :

---

(١) في (أ) : « فضمون » .　　(٢) في (أ) : « التركات » .

(٣) في الأصل ، (ب) : « كثيرة » ، والمثبت من (أ) ، وهو الصواب .

(٤) في الأصل ، (ب) : « ننظر » ، والمثبت من (أ) ، وهو الموافق لما بعده .

(٥) في (أ) : « قَسَمْتَه » .

أصل المسألة من اثني عشر [١] وتَعُول إلى ثلاثة عشر / ، وتصح من مائة وستة ١٣٥/أ وخمسين .

فنقول : حصة كُلِّ زوجةٍ من العدد الذي صحت فيه المسألةُ منه تسعةٌ . فاضرب تسعةً في التركة - وهي [٢] خمسة وستون - فبلغ [٣] خمسمائة [٤] وخمسة وثمانين ، فنُقَسِّمها على الأصل الذي (٥ منه تصح ٥) المسألة - وهو مائة وستة وخمسون - فيخرج ثلاثةُ دنانير وثلاثة أرباع دينار ، فهو نصيبُ كلِّ واحدة [٦] من الزوجات من جملة التركة [٧] .

ونصيب كل جدة [٨] من الأصل ثمانيةٌ . فاضربها في التركة ، فما بلغ فاقسمها على الأصل ، فيخرج لكل واحدة منهن ثلاثةُ دنانير وثلثٌ ، فهو نصيب كل جدة .

فكان [٩] لكل أخت من الأصل ستة عشر ، فاضربها في التركة ، فما بلغ فاقسمها على الأصل ، فيخرج لكل واحدةٍ منهن ستةُ دنانير وثلثان .

وهذه الطريقة [١٠] كافية في الباب .

هذا إذا لم يكن في التركة كَسْر ، فأما إذا كان فيها كسر فنُبَسِّط التركة حتى تصير

---

(١) في الأصل ، (ب) : « عشرة » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) في الأصل ، (ب) : « وهو » ، والمثبت من (أ) ، وهو أولى .

(٣) في (أ) : « فيبلغ » .

(٤) في الأصل ، (ب) : « خمسة مائة » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « تصح منه » .

(٦) في الأصل ، (أ) : « واحد » ، والمثبت من (ب) ، وهو أولى .

(٧) في (أ) : « التركات » .

(٨) في (أ) : « واحدة » .

(٩) في (أ) : « وكان » .

(١٠) في (أ) : « طريقة » .

من جنس كسرها ، وذلك بأن تضرب الصحيحَ في مخرج كَسْرِه ، وتزيد عليه كسْرَه ، فما بلغ فكأنه هو التركةُ صحاحًا ، فيقسم [1] كما بيناه فيما تقدم .

فما خرج لكل واحدٍ منهم [2] من القسمة والضربِ نَقْسِمُه على مخرج ذلك الكسرِ الذي جعلناه [3] الكلَّ من جنسه ، فما خرج فهو نصيبه .

مثاله في الصورة التي ذكرناها :

كانت التركةُ خمسة وستين [4] دينارًا وثلثًا ، فابسطها أثلاثًا تكون [5] مائة وستة وتسعين [دينارًا] [6] ، فكأنَّ التركة مائة وستة وتسعون [7] دينارًا فاقْسِمْها بين أربع زوجاتٍ وثلاثِ جدَّات وست أخوات ، فما خرج لكل واحد من الورثة من العدد المبسوط فاقْسِمْه على ثلاثة ، فما خرج نصيبًا للواحد فهو نصيب الواحد من الجنس الذي تريد .

وقد أكثر الأصحاب في ذكر الطرق فيه ، وفيما ذكرناه كفاية . والله أعلم وأحكم .

* * *

---

(١) في (ب) : « فتفسخ » .

(٢) قوله : « منهم » ليس في (أ) .

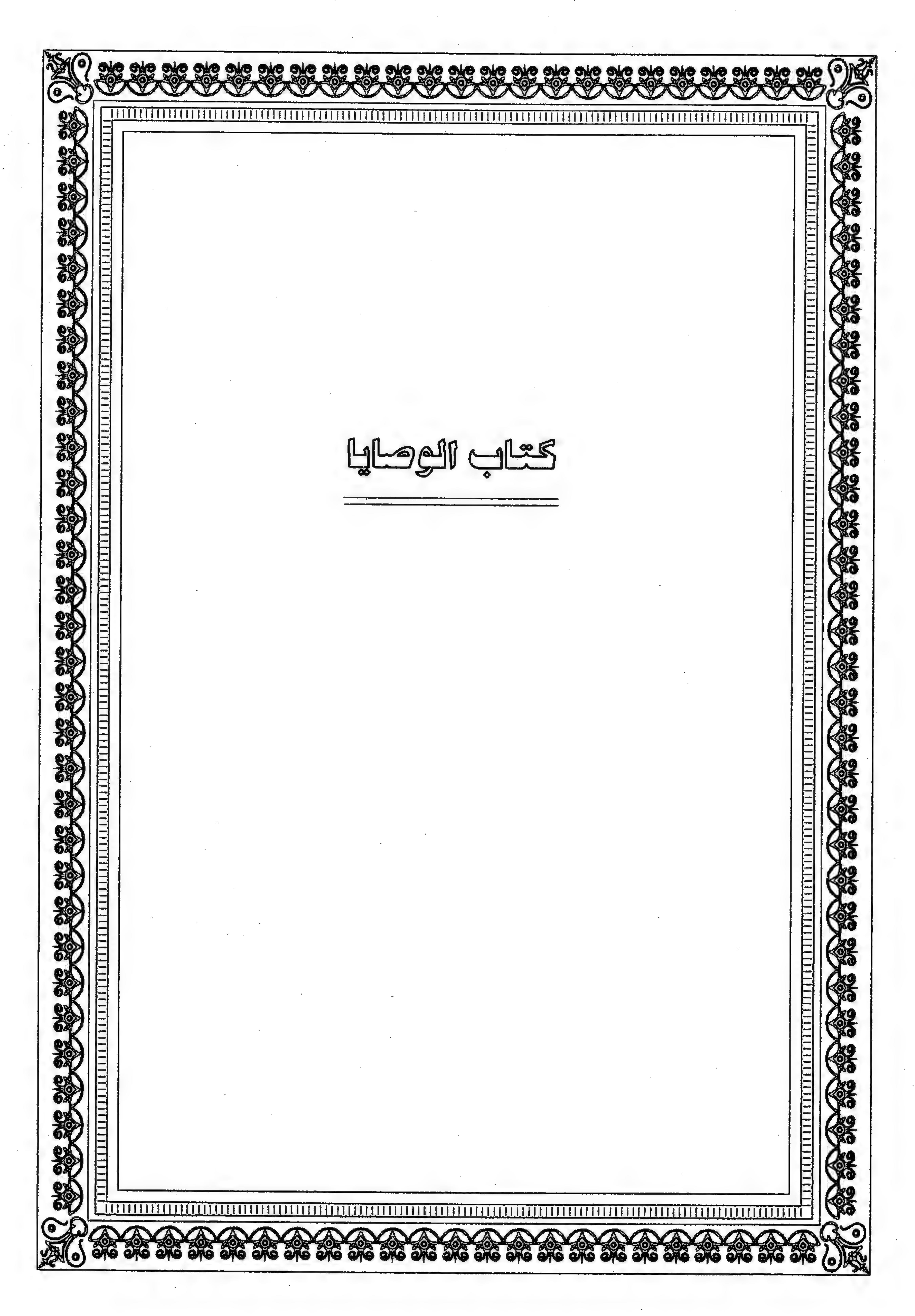
(٣) في (أ) : « جعلنا » .

(٤) في الأصل ، (ب) : « ستون » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٥) في (أ) : « فتكون » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) في الأصل ، (ب) : « تسعين » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .



كتاب الوصايا



الوصية : عبارة عن التبرع بجزءٍ من المال مضافٍ إلى ما بعد الموت .

وقد كانت واجبةً في ابتداء الإسلام ، فنُسِخَ [1] بآية المواريث [2] .

وهي الآن جائزةٌ في الثلث ؛ لما رُوي أنه ﷺ عاد سعدًا وهو مريض ، فقال : أُوصِي بجميع مالي ؟ فقال : « لا » . فقال : بالشَّطْر ؟ فقال : لا . فقال : بالثلث ؟ فقال [3] : « الثلثُ والثلثُ كثيرٌ ، لأَنْ تَدَعَ ورثتَك أغنياءَ خيرٌ من أن تدعهم عالةً يَتَكَفَّفُون وجوهَ الناس » [4] .

فأفاد الحديثُ : المنعَ من الزيادة ، واستحبابَ النقصان من [5] الثلث إن كانت [6] الورثةُ فقراءَ .

ثم الأحبُّ في الصدقات التعجيلُ في الحياة .

ثم [7] سئل - عليه السلام - عن أفضل الصدقة فقال : « أن تتصدَّقَ وأنت صحيحٌ

---

(١) في (أ) : « فنسخت » .

(٢) وهي الآيات رقم : (١١) ، (١٢) ، (١٧٦) من سورة النساء .

(٣) في (أ) : « قال » .

(٤) الحديث أخرجه البخاري : (٤٢٧/٥) (٥٥) كتاب الوصايا (٢) باب أن يترك ورثته أغنياء خيرٌ من أن يتكففوا الناس (٢٧٤٢) ، وطرفه : (٢٧٤٤) ، ومسلم : (١٢٥٠/٣) (٢٥) كتاب الوصية (١) باب الوصية بالثلث (١٦٢٨) ، وأبو داود : (١١٢/٣) كتاب الوصايا - باب ما جاء في مالا يجوز للموصى في ماله (٢٨٦٤) ، والترمذي : (٣٧٤/٤) (٣١) كتاب الوصايا (١) باب ما جاء في الوصية بالثلث (٢١١٦) ، والنسائي : (٢٤١/٦) (٣٠) كتاب الوصايا (٢) باب الوصية بالثلث (٣٦٢٦ ، ٣٦٢٧) ، وابن ماجه : (٢/ ٩٠٣، ٩٠٤) (٢٢) كتاب الوصايا (٥) باب الوصية بالثلث (٢٧٠٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٩١/٣) حديث رقم : (١٣٦٢) .

(٥) في (أ) : « عن » .

(٦) في (أ) : « كان » .

(٧) زيادة من (أ) .

شحيحٌ ، تَأْمَلُ الغنى وتخشى الفقرَ ، ولا تمهل حتى إذا بَلَغَتِ الحلقومَ ، قُلْتَ : لفلان كذا ، (١ ولفلان كذا ١) » (٢) .

فإن اختار الوصيةَ ، فالأَوْلى المبادرةُ (٣) ، قال ﷺ : « ما حقُّ امرئٍ مسلمٍ عنده شيءٌ يوصي فيه أن (٤) يبيت ليلتين إلا ووصيتُه مكتوبةٌ عنده (٥) » (٦) .

هذا تمهيد الكتاب ، ومقاصده تحصرها (٧ أبواب أربعة ٧) :

---

(١) قوله : « ولفلان كذا » ساقط من (ب) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري : (٤٣٩/٥ ، ٤٤٠) (٥٥) كتاب الوصايا (١٠) باب الصدقة عند الموت (٢٧٤٨) ، ومسلم : (٧١٦/٢) (١٢) كتاب الزكاة (٣١) باب بيان أن أفضلَ الصدقة صدقةُ الصحيح الشحيح (١٠٣٢) ، وأبو داود : (١١٢/٣) كتاب الوصايا - باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية (٢٨٦٥) ، والنسائي : (٢٣٧/٦) (٣٠) كتاب الوصايا (١) باب الكراهية في تأخير الوصية (٣٦١١) ، وابن ماجه : (٩٠٣/٢) (٢٢) كتاب الوصايا (٤) باب النهي عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت (٢٧٠٦) ، وراجع التلخيص الحبير : (٩١/٣) حديث رقم : (١٣٦٦) .

(٣) كلمة : « المبادرة » ساقطة من (ب) .

(٤) كلمة : « أن » ساقطة من (أ) .

(٥) في (أ) : « عند رأسه » .

(٦) الحديث أخرجه البخاري : (٤١٩/٥) (٥٥) كتاب الوصايا (١) باب الوصايا (٢٨٣٨) ، ومسلم : (٣/ ١٢٤٩) (٢٥) كتاب الوصية مقدمة الباب (١٦٢٧) ، وأبو داود : (١١١/٣) كتاب الوصايا (١) باب ما جاء في ما يؤمر به من الوصية (٢٨٦٢) ، والترمذي : (٣٧٦/٤) (٣١) كتاب الوصايا (٣) باب ما جاء في الحث على الوصية (٢١١٨) ، والنسائي : (٢٣٩/٦) (٣٠) كتاب الوصايا (١) باب الكراهية في تأخير الوصية (٣٦١٥ ، ٣٦١٦) ، وابن ماجه : (٩٠١/٢) (٢٢) كتاب الوصايا (٢) باب الحث على الوصية (٢٦٩٩) . وراجع التلخيص الحبير : (٩١/٣) حديث رقم : (١٣٦٤) .

(٧) في (أ) : « أربعة أبواب » .

الباب الأول
في أركان الوصية

وهي أربعة :

الركن [١] الأول : المُوصِي

والوصية تصح من كلِّ مكلَّفٍ حُرٍّ ؛ لأنه تبرع ، فلا يُعْتبر فيه إلا ما يُعتبر في التبرعات ، فلا تصح [٢] من المجنون والصغير الذي لا يميز .

وتصح [٣] من السَّفيه المحجورِ عليه بسبب التبذير ؛ لأن عبارتَه نافذةٌ في الطلاق والأقارير .

وفي وصية الصبي وتدبيره قولان :

أحدهما ، وهو مذهب عمر – رضي الله عنه – : صحته ؛ لأنه تصرُّفٌ لا يضر به في الحال والمآل ، ولها [٤] شَبَهٌ بالقُرُبات .

والثاني : لا يصح [٥] ؛ لفسادِ عبارته ، ولذلك بَطَلَ بَيْعُه وإن وافق العطية [٦] .

والوصية تمليك ، فشبهه بالتصرفات أكثر .

وفي طريقة العراق [٧] طَرْدُ القولين في المبذر أيضًا .

أما الرقيق ، فكيف يُوصى ولا مال له ؟

---

(١) كلمة : « الركن » ساقطة من (أ) . (٢) في (أ) : « يصح » .

(٣) في (ب) : « يصح » . (٤) في (أ) : « له » .

(٥) وهذا الوجه هو الأظهر كما في روضة الطالبين : (٦/٩٧) ، مغني المحتاج : (٣/٣٩) .

(٦) في (أ) : « الغبطة » . (٧) في (أ) : « للعراق » .

ولكن لو أوصى ثم عتقَ وتَمَوَّل فالأظهر : أنه لا يَنْفُذُ ؛ إذ لم يكن أهلاً له حالةَ العقد .

وفيه وجه آخر : أنه ينفذ ؛ إذ كانت عبارتُه صحيحةً ، وقد تَيَسَّرَ الوفاءُ بها عند الحاجة .

أما الكافر : فيصح [١] وصيتُه كالمسلم . ولكن لو أوصى بما هو معصيةٌ عندنا [٢] ، كبناء [الكنائس] [٣] البِيَعِ ، أو الخمر والخنزير لإنسان ورفع [٤] البناء رددناها [عندنا] [٥] خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله .

ولو [٦] أوصى بعمارةِ قبورِ أنبيائهم نفذناه ؛ لأن كلَّ قبرٍ يُزَار فعمارتُه إحياءُ زيارته ، ويجوز ذلك في قبور مشايخ الإسلام أيضاً .

* * *

---

(١) في (أ) : « فتصح » .

(٢) كلمة : « عندنا » ساقطة من (أ) .

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) .

(٤) في (أ) : « فرفع » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (ب) : « وإن » .

الركن الثاني : المُوصَى له

والنظر في العبد ، والدابة ، والحربي ، والقاتل ، والحمل ، والوارث .

أما العبد :

فالوصية له صحيحةٌ ، فإن كان حُرًّا حالَ [1] القبول مَلَك ، وإن كان رقيقًا انصرف إلى سيده .

وفي افتقار قبوله إلى إذْنِ السيد خلاف ، كما في اتِّهابه .

فإن قلنا : يُعْتبر رضاه ، فلو قبله السيدُ بنفسه ففيه خلاف .

ووجه المنع [2] : أن اللفظَ تَعَلَّقَ بالعبد فلا ينتظم قبولَ غيره .

فرعان :

أحدهما : أوصى لعبدِ وارثِه .

فإن عَتَقَ قبل موته صحَّ قبولُه ، وإن كان رقيقًا لم يصح ؛ لأنه يصير ذريعةً إلى الوصية [3] إلى الوارث [3] .

وإن عتق بعد الموت وقبل القبول / ، وقلنا : إنه يملك الوصيةَ بالقبول صحَّ . وإن ١٣٥/ب قلنا : بالموت فلا .

وكذا إذا كان الوارثُ قد باعه من أجنبي بعد الموت وقبل القبول ، يُخَرَّج عليه .

هذا ما يظهر لي في القياس .

---

(١) في (أ) : « حالة » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في روضة الطالبين : (١٠١/٦) .

(٣) في (أ) : « للوارث » .

وأطلق الأصحابُ القولَ بأن الوصيةَ لعبد الوارث باطلةٌ ، من غير هذا التفصيل ؛ لأن وصيةٌ لوارث .

الثاني : إذا أوصى لأمِّ ولدِه جاز ؛ لأنها حرةٌ بعد موته .

وكذا إن أوصى لمُدَبَّرِه ، إن عتق من الثلث . وإلا فهو وصيةٌ لعبد الوارث ، فلا يصح .

وإن أوصى لمكاتبة صحَّ [1] ؛ إذ يُتَصوَّر منه الاستقلالُ بالملك وكذا الوصيةُ لمكاتب الوارث ، إلا إذا رقَّ المكاتبُ فترجع [2] الوصيةُ إلى الوارث فيبطل [3] .

أما الدابة :

فإذا أوصى لها ، ثم فَسَّرَ بإرادة التمليك فهي باطلة .

وكذا إن [4] أطلق ؛ لأن الإطلاقَ يقتضي التمليكَ ، ولا يُتَصوَّر ذلك للدابة بخلاف العبد ، فإنه أهلٌ لأسباب الملك وإن لم يستقر عليه الملك ، وإن قال : أردت صَرْفَه في علفها فصحيح . وهل يفتقر إلى قبول المالك ؟ فوجهان :

أحدهما : (٥ أنه لا يفتقر ٥) ، وهو اختيار أبي زيد المروزي . وكأنها [6] وصيةٌ للدابة ، (٧ ولكل كَبَدٍ حَرَّى أجرٌ ٧) .

---

(١) في (أ) : « يصح » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فيرجع » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « فتبطل » .

(٤) في (ب) : « إذا » .

(٥) في الأصل ونسخة (ب) : « لا » والمثبت من (أ) .

(٦) في (ب) : « وكأنه » .

(٧) في (أ) : « وفي كل كبد حرى آخر » .

وقال صاحب التلخيص : لابد من القبول ؛ إذ يَبْعُدُ أن يُوقَفَ على عبيدِ الإنسان [(١)] ودوابِّه دون رضاه [(٢)] .

فإن قلنا : لابد من القبول ، فإذا قَبِلَ فهل يُسَلَّم إليه ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ؛ [(٣] لأنه لا [٣)] يتعينَّ على المالك صَرْفُه إلى الدابة ، وهو اختيار القفال ، وكأنه جعل الدابةَ كالعبد .

والثاني : أنه يتعين على الوَصِيِّ صَرْفُه إلى دابته ، فإن لم يكن وصي فالقاضي يصرف أو يُكَلِّف المالكَ بعد قبوله ذلك [(٤)] .

فرعان :

أحدهما : أنه لو قال : خُذْ هذا الثوبَ وكَفِّن فيه مورِّثَك .

قال القفال : للوارث إبدالُه ؛ تفريعاً [(٥)] على أن الكفنَ للمالك [(٦)] ، والإضافة إلى المورث تمليك له . وهذا أبعدُ مما ذكره [(٧)] في الدابة ، وذلك [(٨)] أيضًا بعيد ، بل الصحيحُ هاهنا أن هذه عاريَّةٌ في حق الميت .

الثاني : لو قال : وقفت على المسجد ، أو أوصيت للمسجد ، وقال [(٩)] : أردت

---

(١) في (أ) : « إنسان » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في روضة الطالبين : (١٠٦/٦) ، مغني المحتاج : (٤٢/٣) .

(٣) في (أ) : « ثم لا » .

(٤) وهذا الوجه هو الأصح كما في روضة الطالبين : (١٠٦/٦) .

(٥) في (أ) : « تفريعاً » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « للوارث » .

(٧) في (أ) : « ذكرناه » .

(٨) في (أ) : « وذاك » .

(٩) في (ب) : « فقال » .

تمليكَ المسجد (١ ، فباطل .

وإن قال : أردت صرفه إلى مصلحته ١) فصحيح .

وإن أطلق ، قال الشيخ أبو علي : (٢ هو باطل ؛ لأن المسجدَ ٢) لا يَمْلِكُ كالبهيمة[٣] ، وهذا في المسجد بعيد ؛ لأن العُرْفَ يُنَزِّل المطلقَ على صرف المنافع إلى مصلحته[٤] .

أما الحربي :

فتصح[٥] الوصيةُ له كما يصح البيعُ منه [والهبة][٦] .

وكذا المرتد والذمي[٧] .

ونقل صاحب التلخيص عن نصّ الشافعي - رضي الله عنه - بطلانَ الوصية للحربي ، وعلَّل بانقطاع الموالاة . وهو ضعيف ؛ إذ لا معنى لشرط الموالاة في الوصية وإن رُوعِيَتْ في الإرث .

ولو أوصى المسلمُ أو الذميُّ (٨ لسلاحِ أهلِ الحرب ٨) ، (٩ أو البِيعَةِ ، أو للكنيسة ٩) : فهو فاسد ؛ لأنها معصيةٌ ، بخلاف الوصية لحربيٍّ معيَّنٍ ، فإن الهبةَّ منه ليس بمعصية .

أما القاتل :

ففي الوصية له ثلاثة أقوال :

---

(١) ، (٢) ما بين القوسين غير ظاهر في الأصل لخطأ في التصوير ؛ فنقلتها من (أ) .

(٣) قوله : « كالبهيمة » ساقط من (أ) . (٤) في (أ) : « مصالحه » .

(٥) في (ب) : « فيصح » . (٦) زيادة من (أ) .

(٧) قال النووي : « الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف ، وكذا للحربي والمرتد على الأصح المنصوص في « عيون المسائل » . انظر : روضة الطالبين : (١٠٧/٦) ، مغني المحتاج : (٤٣/٣) .

(٨) في (أ) : « بسلاحِ لأهل الحرب » . (٩) في (أ) : « أو عمارة البيعة أو الكنيسة » .

أحدها : المنع ؛ قياساً على الإرث ، فإنه لما عصى بالتوصُّلِ إلى السبب عُوقِبَ بنقيض قصده وقُطِعَ عنه ثمرتُه . والوصيةُ أيضاً ثمرةُ الموت .

والثاني : الصحة ؛ لأن السببَ هو التمليكُ دون الموت ، وهو اختيارٌ من جهته ، فأشبه المستولدةَ إذا قتلت سيدَها ، ومستحِقَّ الدَّيْن إذا قتل مَنْ عليه الدين ، فإنها تَعْتَقُ ؛ إذ عتقُها باختيار الاستيلاد [1] .

والثالث [2] : أنه إن أوصى أولاً ثم قُتِلَ انقطعت الوصية ؛ لأنه استعجال . وإن خرج ثم أوصى له جاز .

أما المدبر إذا قتل سيده :

فإن قلنا : التدبيرُ وصية ، فيُخَرَّج على الأقوال .

وإن قلنا : إنه تعليق ، عَتَق نصفُه ، فتشبيهه بالمستولدة أولى .

فإن قلنا : الوصيةُ للقاتل باطل [3] ، فهل تنفذ بإجازة الورثة ؟ فيه خلاف ، كما في إجازة الوصية للورثة .

ولو [4] أوصى لعبدِ القاتل ، كان كما لو أوصى لعبد الوارث .

ولو أوصى لعبدٍ وهو [5] قاتل صح ؛ لأن مصب [6] الملك غيره .

أما الحمل :

فالوصية له صحيحٌ [7] بشرطين :

---

(١) المذهبُ صحةُ الوصية للقاتل مطلقاً . انظر : روضة الطالبين : (١٠٧/٦) ، مغني المحتاج : (٤٣/٣) .

(٢) في (أ) : « فالثالث » .

(٣) في (أ) : « باطلة » .

(٤) في (ب) : « وإن » .

(٥) في (أ) : « هو » بدون الواو .

(٦) في (أ) : « تصرف » .

(٧) في (أ) : « صحيحة » .

أحدهما : أن ينفصل حيًّا ، فلو انفصل ميتًا - ولو بجناية جانٍ - فلا يستحق ؛ إذ كنَّا نُعْطِيه حكمَ الأحياء لتوقُّعِ مصيرِهِ إلى الحياة .

الثاني : أن يكون موجودًا حالةَ الوصية ، وذلك بأن ينفصل لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية .

فإن انفصل لأكثر من أربع سنين فلم [1] يستحق .

وإن كان لما بينهما ، [2] نُظِر : إن كان [2] للمرأة زوجٌ يغشاها لم يستحق ؛ لأن الطريان ظاهرٌ .

وإن لم يكن زوجٌ ، فوجهان :

ووجه الاستحقاق : أن تقديرَ الوطء بالشبهة بعيدٌ ، والزنا فلا نُقَدِّره تحسُّنًا [3] للظن بالمسلم [4] .

أما إذا صرَّح بالوصية بحَمْلٍ [5] سيكون ، فالظاهرُ : المنع ؛ لأنه لا متعلقَ [6] للاستحقاق في الحال ، وبه قطع العراقيون . بخلاف الوصية بحملٍ سيكون .

---

(١) في (أ) : « لم » .

(٢) في الأصل ونسخة (أ) : « وكان » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تحسيناً » .

(٤) قال في مغني المحتاج : « (فإن لم تكن) أي : المرأة الآن (فراشًا) لزوج أو سيد (وانفصل) الحمل (لأكثر من أربع سنين فكذلك) أي : لم يستحق الحملُ الموصى له ؛ لعدم وجوده عند الوصية (أو لدونه) أي : دون الأكثر ، وهو الأربع فأقلُّ ، استحق في الأظهر كما يثبت النسب ، ولأن الظاهر وجوده عند الوصية . والثاني : لا يستحق ؛ لاحتمال العلوق بعد الوصية من وطء شبهة أو زنا ، ورُدَّ بأن الأصل عدم ذلك ، ووطء الشبهة نادر ، وفي تقدير الزنا إساءة ظن » . انظر مغني المحتاج : (٤١/٣) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لحمل » .

(٦) في (أ) : « يتعلق » .

وقال أبو إسحاق المروزي : يجوز ، كالوصية بالحمل المنتظر .

ويتأيد بجواز الوقف على ولد الولد [1] .

أما الوارث :

فالوصية له باطلة ؛ لقوله ﷺ : « لا وصية لوارث » [2] .

ونعني به إذا ردَّه [3] بقيةُ الورثة ، فإن أجازوا وقلنا : إجازةُ الورثة تنفيذٌ لا ابتداءُ عطيةٍ ، ففي صحة هذه الوصية بالإجازة ، وكذا الوصية للقاتل ، قولان :

أحدهما : لا ؛ للنهي المطلق .

والثاني : ينفذ [4] . والنهي منزل [5] على خلاف مراد الورثة .

---

(١) إذا قال الموصي : أوصيت لحملها الذي سيحدث ، فأوجه :

أصحها عند الأكثرين : بطلان الوصية ؛ لأنها تمليك ، وتمليك المعدوم ممتنع .

والثاني : تصح ، قاله أبو إسحاق وأبو منصور ، كما تصح بالحمل الذي سيوجد .

والثالث : إن كان الحمل موجودًا حال الموت صح ، وإلا فلا . انظر : روضة الطالبين : (٦/١٠٠) ، مغني المحتاج : (٣/٤٠) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود : (٣/١١٣) كتاب الوصايا - باب ما جاء في الوصية للوارث (٢٨٧٠) ولفظه : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث » ، والترمذي : (٤/٣٧٧) (٣١) كتاب الوصايا (٥) باب ما جاء لا وصية لوارث (٢١٢٠ ، ٢١٢١) وقال : حسن صحيح ، والنسائي : (٦/٢٤٧) (٣٠) كتاب الوصايا (٥) باب إبطال الوصية للوارث (٣٦٤١ ، ٣٦٤٢ ، ٣٦٤٣) ، وابن ماجه : (٢/٩٠٥) (٢٢) كتاب الوصايا (٦) باب لا وصية لوارث (٢٧١٢ ، ٢٧١٣ ، ٢٧١٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/٩٢) حديث رقم : (١٣٦٩) .

(٣) في (أ) : « ردَّ » .

(٤) وهذا القول هو الأظهر كما في روضة الطالبين : (٦/١٠٩) ، مغني المحتاج : (٣/٤٣) .

(٥) كلمة : « منزل » ساقطة من (ب) .

وروى ابن عباس أنه ﷺ قال : « لا تجوز لوارث وصيةٌ إلا أن يشاء الورثةُ » [1] .

فروع ستة [2] :

الأول : إذا أوصى لكل واحدٍ بمقدار حصته فهو لغوٌ لا فائدة له .

فأما إذا خصصه بعين على مقدار حصته ، ففي الحاجة إلى الإجازة وجهان / : ١٣٦/أ

أحدهما : لا ؛ إذ لا وصيةَ بزيادةِ مالٍ .

والثاني - وهو الأصح - : أنه يحتاج ، لأن في أعيان الأموال أغراضًا .

وكذلك لو أوصى بأن تباع دارُه من إنسان ، (٣ تنفذ عندنا وصيتُه ٣) ، خلافا لأبي حنيفة رحمه الله .

الثاني : إذا وقف على كلِ واحدٍ قَدْرَ حصته :

فإن قلنا : الوصية للوارث (٤ أصلاً باطل ٤) ، ولا يتأثر بالإجازة ، فأصلُ الوقفِ باطل .

وإن قلنا : ينفذ بالإجازة ، فله أن يَرُدَّ بقدر [5] الزائد على الثلث ، وليس له إبطالُ الثلث ؛ فإنه لم يُخَصِّصْ بعضَ الورثة به .

ومَنْ وَقَفَ عليه لا يمكنه أن يَرُدَّ نصيبَ نفسه فيقول : خصصني ، فإنَّ التخصيصَ يستدعي تعدُّدًا [6] .

---

(١) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى : (٢٦٤/٦) عن ابن عباس ، وقال : فيه عطاء الخراساني غير قوي . وأخرجه الدارقطني في سننه : (٩٧/٤ ، ٩٨) كتاب الفرائض حديث رقم : (٨٩ ، ٩٤) . وراجع التلخيص الحبير : (٩٢/٣) حديث رقم : (١٣٧٠) .

(٢) كلمة : « ستة » ساقطة من (ب) .

(٣) في (أ) : « فهو عندنا وصية » .

(٤) في (أ) : « باطلة أصلاً » .

(٥) في (أ) : « في قدر » .

(٦) في (أ) : « تفردًا » .

ويظهر [١] فَهْمُ [٢] هذا إذا كان الوارثُ واحدًا ، فَلْيُقَسْ [٣] عليه العددُ أيضًا .

الثالث : إذا أوصى بالثلث لأجنبي ووارثٍ فردَّ ما للوارث ، فللأجنبي سدسُ المال ؛ لأنه أوصى لهما على صيغة التشريك .

بخلاف ما إذا أوصى للوارث بالثلث ، ثم أوصى للأجنبي بالثلث ، فإنه إن ردَّ ما للوارث سَلِمَ الثلثُ للأجنبي .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يَسْلَمُ الثلثُ للأجنبي في الصورتين .

الرابع : أوصى لأجنبي بالثلث ، ولكل واحدٍ من ابْنَيْه بالثلث ، فردَّ ما لابنه [٤] :

سَلِمَ الثلثُ للأجنبي ؛ إذ لا مدخلَ لإجازة الورثة [٥] في قدر الثلث .

وعن القفال وجه : أنه يَسْلَمُ للأجنبي ثلثُ الثلث ؛ لأن ثلثَه شائعٌ في الأثلاث . وهو مزيف .

الخامس : لو أوصى للأجنبي بالثلث ولبعض الورثة بالكل ، وأُجِيزت الوصايا :

فللأجنبيِّ [٦] الثلثُ كاملاً ، لا يُزاحمه الوارثُ . والثلثان للوارث الموصى به [٧] ، هكذا حُكِيَ عن ابن سريج .

ولا يبعد أن يُقال : إنَّ [٨] الوارثَ يُزاحِمُ في الثلث بكونه موصًى له ، لا بكونه

---

(١) في (أ) : « فيظهر » .

(٢) كلمة : « فَهْم » ساقطة من (ب) .

(٣) في (ب) : « فَلْتَقِسْ » .

(٤) في (أ) : « للابنين » .

(٥) في (أ) : « الوارث » .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « فلأجنبي » ، والمثبت من (أ) .

(٧) في (أ) : « له » .

(٨) كلمة : « إن » ساقطة من (أ) .

وارثاً ، كما لو أوصى لأجنبي بالكل ولأجنبي آخر بالثلث ؛ إذ لا يسلم الثلثُ لصاحب الثلث ، بل يُزاحمه فيه .

السادس : أوصى لأجنبي بالنصف ، ولأحد ابنيه بالنصف ، وأجيز [(١)] الكلُّ :

سُئل القفال عنه ببُخَارَى فأجاب : بأن الأجنبيَّ يفوز بالنصف ، والابن بالنصف ، فنُقِلَ له عن ابن سريج : أنَّ للأجنبي النصفَ ، وللابن الموصى له [(٢] ربعاً وسدساً [٢)] ، يبقى نصفُ سدسٍ للابن الذي ليس بموصًى له . قال القفال : فتأملت حتى خرَّجت وجهَه بالبناء على الوجهين في مسألة ، وهي [(٣)] : أنه لو أوصى لأحد ابنيه بالنصف وأجيز : شَاطَر في النصف الثاني ؛ لأنه التركة .

ولو أوصى له بالثلثين فهل يُشاطِرُ في الثلث الباقي ؟ وجهان :

أحدهما : نعم ، كالصورة الأولى ؛ لأن ما أَخَذَ بالوصية كأنه لم يكن ، والتركةُ هو الباقي ، فكان كما لو أوصى بالثلثين لأجنبي وأُجيز .

والثاني : لا ؛ لأن المفهومَ من الوصية له بالثلثين التخصيصُ له بالسدس الزائد على النصف الذي هو قَدْرُ حقِّه ، فكأنه [(٤)] قال : لا تُنَازِعُوه في ثلثي الدار ؛ ليكون له النصفُ بالإرث والباقي بالوصية .

فعلى هذا يستقيم مذهبُ ابن سريج ، فإن الأجنبيَّ الموصى له بالنصف سَلِمَ له [(٥)] الثلثُ من رأس المال من غير حاجةٍ إلى إجازة .

بقي الثلثان [(٦)] ، التوريثُ يقتضي للابن الموصى له الثلثَ ، وقد أوصى له بالنصف

---

(١) في (أ) : « فأجيز » .
(٢) في (أ) : « ربعٌ وسدسٌ » .
(٣) في (أ) : « وهو » .
(٤) في (ب) : « وكأنه » .
(٥) في (أ) : « إليه » .
(٦) في (أ) : « ثلثان » .

فخُصِّصَ [١] بمزيد ، فانقطع حقُّه عن السدس الباقي ، وبقي السدسُ خالصًا للابن الذي لم يُوصَ له .

إلا أن الأجنبي بعد يطلب سدساً ، وقد أجازه ، فيكون نصيبُ الابن الذي لم يُوصَ له في ذلك إجازة نصف السدس ، فيأخذ منه نصف سدسه من هذا السدس ، ويبقى له نصفُ سدس ، ويأخذ [٢] النصفَ الآخر من نصيب الابن الموصى له ، فيكمل له النصفُ ويَنْقُصُ نصيبُ الموصى له بنصف سدس .

وإن فرّعنا على أنه يُشاطر الموصى له في الباقي ، فالباقي سدسٌ مشترك بين الابنين وقد أجازاه للأجنبي ، فيصح منه جواب القَفَّال .

* * *

---

(١) في (أ) : « فيخصص » .

(٢) في (أ) : « فيأخذ » .

الركن الثالث : في الموصى به

ولا يشترط [فيه] [1] أن يكون مالاً ، فيصح الوصيةُ بالزِّبْلِ والكلبِ [2] والخمر المحرمة [2] .

ولا كونه معلومًا ، فيصح الوصيةُ بالمجهول .

ولا كونه مقدورًا [3] على تسليمه [3] ، فيصح الوصية بالآبق والمغصوبِ والحمل ، وهو مجهولٌ وغير مقدور عليه .

ولا كونه معينًا ، فتصح الوصيةُ بأحد العبدين . والأظهر : أنه لا يصح [4] الوصيةُ لأحد الشخصين ، فلا يُحتمل ذلك في الموصى له وإن احْتُمِل في الموصى به ، و [قد] [5] ذكرنا نظيره في الوقف .

نعم يشترط أربعة أمور :

الأول : أن يكون موجودًا . فإن كان مفقودًا كالمنافع جازت الوصيةُ ؛ لأنها كالموجودِ [6] شرعاً في المعاوضة .

وفي الوصية بالحمل الذي سَيُوجد وجهان مشهوران :

أحدهما : المنع ؛ إذ لا متعلقَ للوصية . فكان كالوصية للحمل الذي سيكون ، فإنه ممنوعٌ على الأظهر .

والثاني : الجواز ، كما في المنافع .

وفي الثمار الذي ستحدث طريقان :

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « والخمرة المحترمة » .

(٣) قوله : « على تسليمه » ساقط من (أ) .

(٤) في (أ) : « تصح » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « كالموجودة » .

منهم مَنْ ألحق بالمنافع ؛ لتكرر وجودها في العادة .

ومنهم من ألحقها بالحمل [١] .

الثاني : أن يكون مخصوصًا بالموصِي .

فلو أوصى بمال الغير فسد وإن مَلَكَه بعد ذلك ؛ لبطلان الإضافة في الحال .

الثالث : أن يكون مُنْتَفعًا به .

فلا تجوز الوصيةُ بالكلب الذي لا ينتفع به ، ولا بالخمر [٢] المستحقة الإراقة ، التي اتُّخذت للخمرية .

وتصح الوصية بالجَرْوِ ؛ إذ مصيرُه إلى الانتفاع .

وفي هبة / الكلب وجهان : ١٣٦/ب

أحدهما : الجواز ، كالوصية ، وكأنَّ [٣] المحرَّمَ أخْذُ ثمنه ؛ [٤] لقوله ﷺ : « الكلب خبيثٌ وخبيثٌ ثمنُه [٤] » . [٥]

---

(١) قال في مغني المحتاج : « وكذا تصح (بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصح) ؛ لأن الوصية احتُمل فيها وجوهٌ من الغَرَر ؛ رفقًا بالناس وتوسعة ، فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول ، ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة ، فكذا بالوصية . والثاني : لا يصح ؛ لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد .

(٢) في (أ) : « بالخمرة » .

(٣) في (أ) : « فكأنه » .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (أ) .

(٥) أخرج مسلم في صحيحه أن النبي ﷺ قال : « ثمن الكلب خبيث ... » (١١٩٩/٣) (٢٢) كتاب المساقاة (٩) باب تحريم ثمن الكلب وحُلْوَان الكاهن (١٥٦٨) ، وأبو داود : (٢٦٣/٣) كتاب البيوع – باب في كسب الحَجَّام (٣٤٢١) ، والترمذي : (٥٧٤/٣) (١٢) كتاب البيوع (٤٦) باب ما جاء في ثمن الكلب (١٢٧٥) ، وانظر فتح الباري : (٤٩٧/٤ - ٤٩٩) .

والثاني : المنعُ [١] ؛ لأن الوصيةَ في حكم خلافه [٢] ، يُضاهى [٣] الإرث ، بخلاف الهبة [٤] .

نعم ، يجرى الإرثُ في حدِّ القذف والقصاص دون الوصية ؛ لأنه لا ينتفع [٥]الموصى له به[٥] .

فروع :

الأول : مَنْ لا كلبَ له ، إذا أوصى بكلبٍ لا يصح ؛ لأنَّا [٦] نحتاج إلى شرائه وهو غيرُ ممكن .

وإن [٧] كان له كلاب ، ففي كيفية خروجه من الثلث خلاف :

قال الشيخ أبو علي : إن مَلَك شيئاً آخرَ ولو دَانِقًا [٨] يصح [٩] الوصية ، لأنه خيرٌ من كلِّ الكلاب ؛ إذ لا قيمةَ للكلب .

وقال العراقيون : لا يَنْفُذُ إلا في ثلث الكلاب ، وكأنه كلُّ ماله ؛ إذ لا يمكن نسبتُه

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح كما في روضة الطالبين : (٣٧٤/٥) .

(٢) في (أ) : « الخلافة » .

(٣) في (أ) : « فضاهى » .

(٤) قوله : « بخلاف الهبة » ساقط من (أ) .

(٥) في (أ) : « به الموصى له » .

(٦) في (أ) : « لأنه » .

(٧) في (أ) : « فإن » .

(٨) في (أ) : « دانق » .

(٩) في (أ) : « تصح » .

إلى سائر الأموال [١] .

ثم إذا لم يكن له إلا كلابٌ ، وأوصى بالكلب ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يُنْظَر إلى العدد [٢] ، فإن مَلَك ثلاثةَ [٣] كلابٍ نفذت ‹[٤] وصيتهُ بواحدة [٤]› .

ومنهم من قدَّر قيمةَ الكلب .

ومنهم من قدَّرَ الثلثَ بتقدير المنفعة ؛ فإنه منتفَعٌ به .

وإذا كان له خَمْرٌ وكلبٌ وطبلُ لهوٍ ، فأوصى بواحدٍ ، فلا يمكن إلا تقديرُ [٥] القيمة ؛ إذ لا مناسبةَ في العدد والمنفعة .

الثاني : إذا أوصى بطبلِ لهوٍ ، وكان يصلح للحرب - بأدنى تغييرٍ ، مع بقاء اسم الطبل - صحَّت الوصية .

---

(١) قال في الروضة : « أما إذا كان له مال وكلاب ، فأوصى بكلها أو ببعضها ، فثلاثة أوجه :

أصحها : نفوذ الوصية فيها وإن كثرت وقلَّ المال ؛ لأن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به ، والمال وإن قل خيرٌ من ضعف الكلب ؛ إذ لا قيمة له ، وبهذا قال أبو على بن أبى هريرة والطبرى والشيخ .

والثاني - قاله الإصطخرى - : أن الكلاب ليست من جنس المال ، فيُقَدَّر كأنه لا مال له ، وتنفذ الوصية في ثلاث كلاب كما سبق .

والثالث : تُقَوَّم الكلاب أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين ، وتُضَمُّ إلى ما يملكه من المال ، وتنفذ الوصية في ثلث الجميع » . انظر روضة الطالبين : (٦/١٢٠ ، ١٢١) .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (٦/١٢٠) ، مغني المحتاج : (٣/٤٦) .

(٣) في الأصل ونسخة (ب) : « ثلاث » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « الوصية في واحد » .

(٥) في (أ) : « بتقدير » .

ولو كان لا ينتفع [به] [1] إلا برُضَاضِه لا يصح ؛ لأنه لا يقصد منه الرُّضَاضُ ، إلا إذا كان من ذهبٍ أو عودٍ أو شيءٍ نفيس فيصح ؛ لأنه المقصود .

ولو قال : أوْصَيْتُ برضاضِ هذا الطبل صح . وتقديره : أنه [2] له بَعْدَ الكسر . والوصيةُ تَقْبَلُ التعليقَ ، بخلاف البيع .

الشرط الرابع : أن لا يكون الموصى به زائدًا على الثلث ؛ لقصة سعد .

فإن [3] زاد على الثلث ولم يكن له وارثٌ ، فالوصية بالزيادة باطلة . خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - ؛ لأن الزيادةَ للمسلمين ، ولا مجيزَ له .

نعم ، لو رأى القاضي مصلحةً في تلك الجهة جاز له تقريرُها فيها .

وإن كان له وارثٌ ، ففي بطلان الوصية من أصلها قولان ، كما في أصل الوصية للوارث .

فإن قلنا : إنها باطلةٌ ، فالإجازة إن فُرِضَتْ فهي ابتداءُ عطيةٍ تفتقر [4] إلى القبض والقبول .

وهل ينفذ بلفظ الإجازة ؟ [فيه] [5] وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه ينبني على [6] تقرير ما سبق ، ولا ثَبَاتَ لما سبق .

والثاني : أنه يصح ، ومعناه : تقريرُ مقصودِ ما سبق بإثباتِ مثله .

وعلى هذا إذا كان الوصية عتقاً ، كان الولاءُ للوارث .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « أن يكون » .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) في (ب) : « يفتقر » .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « عن » .

وإن [١] قلنا : إنها صحيحةٌ ، فالإجازة يتقيد [٢] ، والولاءُ للمورث .

وكلُّ تبرعٍ مُنْجَزٍ في مرض الموت فهو أيضًا محسوبٌ من الثلث .

وكذا إذا وهب في الصحة ، ولكن أقبض في المرض .

وهذا يستدعي بيانَ ثلاثة أمور :

الأول : مرض الموت .

وهو كلُّ مرضٍ مخوِّفٍ يستعد الإنسانُ بسببه لما [٣] بعد الموت ، كالطَّاعُون والقُولَنْجِ ، وذاتِ الجَنْب ، والرُّعَافِ الدائم ، والإسهال المتواتر ، [وقيام الدم] [٤] ، والسُّل في انتهائه ، والفالج [الحادث] [٥] في ابتدائه ، والحُمَّى المطبقة ؛ لأن هذه الأمراضَ يظهر معها خوفُ الموتِ .

أما السل في ابتدائه ، والفالِجُ في انتهائه ، والجَرَبُ ، ووجعُ الضِّرْس ، والصداع اليسير ، وحمى [٦] يوم ويومين - فكلُّ ذلك ليس بمخوف .

فإذا هجم المرضُ المخوفُ حجرنا عليه في التصرف فيما يزيد على الثلث ، وتوقفنا في تبرعاته .

فإن زال نفذناه ، وتبيَّنَّا صحتَه .

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « تنفيذ » .

(٣) في (أ) : « إلى » .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) زيادة من (أ) .

(٦) في (أ) : « والحمى » .

وإن كان غيرَ مخوف ، كوجع الضرس ، وآخر الفالج ، فالتصرفُ نافذٌ .

[و] [1] إن مات عند [2] ذلك فجأة ، أو بسبب آخر ، لا بذلك السبب فلا يمتنع به التبرعاتُ المنجزة .

فأما حُمّى يومٍ ويومين ، وإسهالُ يوم ويومين ، فهو إذا دام صار مخوفًا ، وابتداؤه مشكلٌ ، فلا يحجر عليه . فإن دام ومات تبينًا فسادَ التصرف ؛ إذ بان أن الأولَ كان مخوفًا .

وما أَشْكَلَ من ذلك يُتعَرَّف [3] من طبيبَيْنِ مسلمين ، لا من أهل الذمة .

فأما إذا كان في الصف وقد [4] التحم الفريقان [4] ، أو كان في البحر وقد تموَّج ، أو في أَسْرِ كفارٍ عادتُهم قَتْلُ الأُسَارَى ، أو قُدِّم للقتل في قَطْعِ الطريق ، أو الرَّجْم للزنا ، أو ظهر الطاعونُ في بلدٍ ولكن بَعْدُ لم يظهر في بدنه شيء ، ففي تبرعه في هذه الأحوال قولان :

أحدهما : أنه [5] كالمريض المخوَّف [5] ؛ لأنه سببٌ ظاهر في الاستعداد لما بعد الموت .

والثاني : أنه كالصحيح ؛ إذ لا يَمَسّ بدنَه شيءٌ ، ولا ضَبْطَ لما قبل تغيُّرِ البدن للأسباب [6] .

أما [7] إذا قُدِّم للقصاص ، فالمنصوصُ [8] : أنه لا تُعْتبر [9] عطيتُه من الثلث ما لم يخرج .

---

(1) زيادة من (أ) .

(2) في (أ) : « عُدَّ » .

(3) في (ب) : « يُعْرَف » .

(4) في (أ) : « التحمت الطائفتان » .

(5) في (أ) : « كالمرض المخوَّف » .

(6) في (أ) : « بالأسباب » .

(7) في (أ) : « فأما » .

(8) في (أ) : « فالصحيح » .

(9) في (ب) : « يعتبر » .

وقال أبو إسحاق المروزي [١] : هو كالأسير [٢] وقع في يد قوم عادتُهم القتل .

ومنهم من فرّق : بأن المسلمَ الغالبُ عليه الرحمةُ والعفوُ في القصاص .

وأما [٣] الحامل ، فليس بمخوف قبل أن يضربها الطَّلْقُ ، فإن ضربها [الطلق] [٤] ، فهو مخوف [٥] .

ومنهم من قال : لا ؛ لأن السلامةَ منه أكثر .

الأمر الثاني : حَدُّ التبرع .

وهو إزالةُ الملك عن مالٍ مجانًا من غير وجوب .

فالعتق والصدقات تبرعٌ .

والزكاة والكفارة الواجبة والحج الواجب ليس بتبرعٍ [٦] ، فما أوصى به لها فهو من رأس المال .

وكذا قضاءُ الديون ؛ لأن ذلك يستند إلى وجوب .

فرعان :

أحدهما : إذا باع بثمن المثل نَفَذَ وإن كان من الوارث .

---

(١) كلمة : « المروزي » ساقطة من (أ) .

(٢) في (أ) : « كأسير » .

(٣) في (أ) : « أما » بدون الواو .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) هذا القول هو الأظهر كما في الروضة : (١٢٨/٦) ، مغني المحتاج : (٥٢/٣) .

(٦) في الأصل ونسخة (ب) : « تبرع » ، والمثبت من (أ) .

وكذلك [١] إذا قضى دينَ بعضِ الغرماء لم يكن للباقي المنع [٢] .

وخالف أبو حنيفة - رحمه الله - فيه ، وفي البيع من الوارث .

أما إذا كان في البيع محاباةٌ ، فقَدْرُ المحاباة حكمهُ حكمُ التبرعات .

وكذلك / إذا نكح امرأةً بأكثر من مَهْرِ المثل فالزيادةُ تبرعٌ محسوب من الثلث . ١٣٧/أ

الثاني : إذا نُكِحَت المرأةُ بأقلَّ من مهر المثل ، لم يُحْسَب من الثلث ؛ لأنها لم تنزل إلا عن البضْعِ ، والبضعُ ليس بمال . ولو أجر عبيده ودوابه مع المحاباة فهو تبرعٌ ؛ لأنه مال .

ولو أجَّر نفسَه وحابى ، فيه وجهان [٣] :

أحدهما : أنه تبرعٌ ، كمنافع العبيد ؛ فإن منفعته مال .

والثاني : لا ؛ لأنه لا يُعَدُّ مالًا يطمع فيه الوارثُ ، فيشبه بُضْعَ المرأة من هذا الوجه ، وكان [٤] ذلك يُعَدُّ امتناعًا عن الاكتساب لا تفويتًا .

الأمر الثالث : في كيفية الاحتساب من الثلث .

ووجهه : أنه إن كانت التبرعاتُ كلُّها منجزةً في المرض ، فيُقَدَّم الأول فالأول .

فإن كان الأولُ هبةً والثاني عتقًا قُدِّمت الهبة ؛ لأنه استوفى الثلثَ بها فسقط العتقُ بعده .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « وكذا » .

(٢) قال في الروضة : « لو قضى في مرضه بعض الغرماء لم يُزاحمه غيره إن وفَّى المال بجميع الديون ، وكذا إذا لم يَفِ على الصحيح المعروف » . انظر روضة الطالبين : (١٣١/٦) .

(٣) قال في الروضة : « ولو أجر نفسه بمحاباة ، أو عمل لغيره متبرعًا لم يحسب من الثلث على الأصح » . انظر روضة الطالبين : (١٣٣/٦) .

(٤) في (أ) : « فإنَّ » .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : إنهما يتساويان ؛ إذ لهذا قوةُ العتق ، ولذاك [١] قوةُ التقدم .

أما إذا كانت متساويةً : فإن كان الكلُّ هبةً ومحاباةً فتوزع [٢] عليهم الثلثُ على نسبة أقدارها .

وإن كان [٣] الكل عتقًا أقْرَعَ بين العبيد ولم يوزع ؛ حذارًا من التشقيص ، بخلاف الهبة ، ولما روي أنه ﷺ : « أقرع بين ستة أعْبُدٍ أعتقهم مريضٌ ، وجزَّأهم ثلاثةَ أجزاء ، فأرقَّ أربعًا [٤] وأعتق اثنين » [٥] .

وإن اجتمع [٦] الهبةُ والعتق في حالة واحدة - بقول وكيلٍ أو بإضافةِ الكلِّ إلى ما بعد الموت - ففي تقديم العتق قولان :

أحدهما : لا ؛ للتساوي في وقت الاستحقاق [٧] .

---

(١) في (أ) : « ولذلك » .

(٢) في (أ) : « فيوزع » .

(٣) في (أ) : « كانت » .

(٤) في (أ) : « أربعة » .

(٥) أخرجه مسلم : (١٢٨٨/٣) (٢٧) كتاب الأيمان (١٢) باب من أعتق شركا له في عبد (١٦٦٨) ، وأبو داود : (٢٧/٤) كتاب العتق - باب فيمن أعتق عبيدًا له لم يَبْلُغْهم الثلثُ (٣٩٥٨) ، والترمذي : (٣/ ٦٤٥) (١٣) كتاب الأحكام (٢٧) باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مالٌ غيرهم (١٣٦٤) ، والنسائي : (٦٤/٤) (٢١) كتاب الجنائز (٦٥) باب الصلاة على مَنْ يحيف في وصيته (١٩٥٨) ، وابن ماجه : (٧٨٥/٢) (١٣) كتاب الأحكام (٢٠) باب القضاء بالقرعة (٢٣٤٥) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/ ٩٣) حديث رقم : (١٣٧١) .

(٦) في (أ) : « اجتمعت » .

(٧) هذا القول هو الأظهر كما في الروضة : (١٣٦/٦) .

والثاني : نعم ؛ لأن العتق يَزْحَمُ ملكَ الغير بالسِّراية .

وفي إلحاق الكتابة بالعتق في استحقاق تقديمها على المحاباة خلاف [1] .

أما إذا أُضِيف الكلُّ إلى ما بعد الموت ، فلا ينظر إلى ما تقدم في بعض الوصايا ؛ لأن وقتَ اللزوم واحدٌ في الكل ، وإنما [2] يبقى النظرُ في تقديم العتق على غيره .

ولو أوصى بعتق عبدٍ ، وعلَّق عتقَ آخرَ على الموت ، فلا تقديمَ لأحدهما بحال .

فروع :

الأول : إذا كان له عبدان : غانمٌ ، وسالم ، فقال لغانم : إن أعتقتك فسالمٌ حُرٌّ ، ثم أعتق غانمًا ، والثلثُ لا يفي إلا بأحدهما : يُعْتَقُ [3] غانمٌ ولا يُقْرَع بينهما ؛ إذ ربما تَخْرُج القرعةُ على سالم ، فيؤدِّي إلى أن يعتق دون عتق غانم ، ويكون [4] ذلك تحصيلًا للمسبب دون السبب [5] ، وهو محال .

أما إذا كان له سوى غانم عبدان ، فعلَّق عتقهما بعتق غانم ، ووفَّى الثلثُ بغانم وبأحدهما ، عَتَق غانمٌ وأَقْرع بينهما ، فمن خرجت قرعتُه عتق .

الثاني : إذا ملك جاريةً حاملًا ، ومجموعُ ماله ثلثمائة ، والولد من الجملة مائة والأم خمسون .

فقال : إن أعتقت نصفَ الحَمْلِ فالأمُّ حرة . ثم أعتق نصفَ الحمل : عتق

---

(١) قال في الروضة : « والكتابة مع الهبة وسائر الوصايا كالعتق ، فتكون على القولين . وقيل : يُسَوَّى هنا قطعًا ؛ إذ ليس لها قوة وسراية » . انظر روضة الطالبين : (١٣٦/٦) .

(٢) في (أ) : « وإنما » .

(٣) في (أ) : « تعينَّ » ، وفي (ب) : « يتعين » .

(٤) في (أ) : « فيكون » .

(٥) في (أ) : « سببه » .

خمسون ، وبقي لنا [1] خمسون إلى تمام الثلث مرددٌ بين النصف الآخر من الولد بالسراية ، أو الأمِّ [2] بالتعليق ، فيُقْرَعُ بينهما ، فإن خرجت على الولد عتق كلُّه ، ورَقَّ الأمُّ .

وإن خرج [3] على الأم لا يمكن إعتاقُ كلِّها ؛ إذ يبقى بعضُ الولد رقيقًا مع عتق كلِّ الأم ، والولدُ في حكم عُضْوٍ من أعضائها لا يقبل عتقُه الانفصالَ عن عتقها ، فيعتق بقدر خمسين منها على نسبة واحدة ، ويُحْكَمُ بعتق نصفِ الأم ، وهو خمس [4] وعشرون ؛ (5 ليقتضي ذلك عتقَ 5) نصف الولد ، وهو خمسون .

ولكن يَخُصُّ النصفَ الحرَّ منه النصفُ ، فيبقى للنصف الرقيقِ النصفُ ، وهو قَدْرُ (6 خمس وعشرين 6) ، فيعتق إذًا من الأم نصفُها ، ومن الولد ثلاثةُ أرباعه : نصفٌ بالمباشرة ، وربع بسراية عِتْقِ الأم .

الثالث : إذا أوصى بعبد لإنسانٍ ، وهو ثلثُ ماله ، وثلثا مالِه غائبٌ : (7 فلا نُسَلِّمُ العبدَ 7) ؛ إذ المالُ ربما يَتْلَفُ فيكون العبدُ كلَّ المال .

وهل يُسَلَّم ثلثُ العبد ؛ ليتسلط عليه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لأنه أقلُّ أحواله .

---

(1) في (أ) : « لها » .

(2) في (أ) : « والأم » .

(3) في (أ) : « خرجت » .

(4) في (أ) : « خمسة » .

(5) في (أ) : « ليقضي إلى عتق » .

(6) في الأصل ، (ب) : « خمس وعشرون » ، وفي (أ) : « خمسين وعشرين » ، والصواب ما أثبتناه .

(7) في (أ) : « فلا يُسَلَّم العبدُ » .

والثاني : لا [١] ؛ فإن حقَّ الشرع [٢] أن لا يتسلط الموصى له على شيء إلا ويتسلط الوارثُ على مثلَيْه ، وهاهنا ليس يمكن تسليطُ الوارث على الثلثين من [٣] العبد ، فإنه ربما يسلم للموصى له .

فإن اسْتُبْهِمَ خبرُ المال الغائبِ وتواطئا على إشاعةِ الوصية في جميع المال ؛ حتى يصير العبدُ مثلثًا بينهم : «لم يكن لهما» ذلك ؛ لأنه نَقْلُ الوصية من عينٍ إلى غيره [٥] .

وقال مالك : يجوز ذلك للمصلحة .

ولو أعتق عبدًا - وهو ثلثُ ماله - أو دَبَّره وثلثا ماله غائب ، ففي تنفيذ العتق في ثلث العبد الخلافُ الذي ذكرناه بعينه في الوصية .

* * *

---

(١) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (١٣٩/٦) .

(٢) في (أ) : « التبرع » .

(٣) في (ب) : « في » .

(٤) في (ب) : « لم يمكن » .

(٥) في (أ) : « غيرها » .

الركن الرابع : الصيغة

وهو [١] الإيجاب والقبول :

أما الإيجاب : فقوله : أوصيت له ، أو أعْطُوه ، أو جعلت هذا له ، أو ملَّكْتُه بعد الموت .

ولو قال : عيَّنْتُ هذا له ، فكناية ، والوصيةُ تنعقد بها عند النية ، فإنه إذا قَبِلَ التعليقَ بالإغرارِ فبِأَنْ يَقْبَلَ الكنايةَ أولى .

ولو قال : وهبت هذا منه ، ونوى الوصيةَ ، ففي كونه كنايةً وجهان : ووجه المنع : أنه صريحٌ في اقتضاءِ ملكٍ ناجز [٢] .

ولو قال : هذا لفلان ، ثم قال : أردت الوصيةَ : لم يُقْبَل ؛ لأنه صيغةُ إقرارٍ ، إلا أن يقول : هذا من مالي لفلان .

أما القبول : فلابد منه ، ولكن بعد الموت ؛ فلا أثَرَ لقبوله ورَدِّه قبل موت الموصى .

وإن [٣] مات الموصى له قبل القبول قام وارثُه مقامه ؛ لأنه حق تملُّكٍ ، فهو بالإرث أوْلى من الشُّفْعَة .

وإن [٤] قَبِلَ الموصى له ثم ردَّه [٥] قَبْلَ القبض ، ففي نفوذ ردِّه وجهان / : ١٣٧/ب

أحدهما : لا ؛ إذ تمَّ ملكُه بالقبول بعد الموت [٦] .

---

(١) في (أ) : « وهي » .

(٢) وهذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (١٤٠/٦) .

(٣) في (أ) : « فإن » . (٤) في (أ) : « فإن » .

(٥) في (أ) : « ردَّ » .

(٦) هذا الوجه هو الأصح كما في الروضة : (١٤٢/٦) .

والثاني : نعم ؛ لأنه ملكٌ بغيرِ عوضٍ ، فيتطرق الردُّ إليه .

هذا إذا أوصى لمعيَّنِينَ [١] ، [٢ أما إذا ٢] أوصى للفقراء أو لجهة عامة : لزم بالموت ؛ إذ لا يُتَصوَّر شرطُ القبول فيه .

ثم اختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - في وقت حصول الملك ، على ثلاثة أقوال :

الأول : أنه [٣] يحصل بالموت ؛ لأنه أضاف إلى الموت .

والثاني : بالقبول ؛ إذ يَبْعُدُ أن يدخل الشيءُ في ملكه قهرًا .

والثالث - وهو الأصح [٤] - : أنه موقوف ، فإن قَبِلَ تبينَّ حصولُه بالموت ، وإن ردَّ تبين أنه لم يَحْصُلْ من أصله .

فإن [٥] فرعنا على أنه يحصل [٦] بالقبول ، فهو قبل القبول ملكُ الوارث ، أو ملكُ الميت ؟ فيه وجهان [٧] .

ومنشأ التردُّد : أن في إضافته إلى كلٍّ واحد منهما نوعُ استحالةٍ ؛ إذ لا ملكَ لميت ولا ميراثَ [٨] إلا بعد الوصية .

---

(١) في (أ) : « لمعين » .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) كلمة : « أنه » ساقطة من (ب) .

(٤) في الروضة : « وهو الأظهر » . انظر روضة الطالبين : (١٤٣/٦) .

(٥) في (أ) : « وإن » .

(٦) في (أ) ونسخة أخرى : « يملك » كذا على هامش الأصل .

(٧) أصحها : الأول . انظر الروضة : (١٤٣/٦) .

(٨) قوله : « ولا ميراث » غير واضح في (أ) .

ويتفرع على الأقوال مسائل خمسة :

الأولى : إذا حدثت زيادةٌ قبل القبول فهي للموصى له على كلِّ قولٍ إن قَبِلَ الوصيةَ ، إلا إذا فرَّعنا على أن الملكَ يحصل بالقبول ، ففيه وجهان :

أحدهما : أنه له ؛ نظرًا إلى القرار .

والثاني : لا ؛ إذ حدث قَبْلَ قبولِه وملكه .

وعلى هذا إن قلنا : [إن] (١) الملك للميت ، فتُقْضَى منه الديونُ . وإن قلنا : للوارث فلا ؛ إذ (٢) الصحيح أن وثيقة الدين لا يتعدَّى إلى الزيادة ، كوثيقة الرهن .

أما إذا ردَّ فالزيادةُ من التركة بكلِّ حال . إلا إذا فرَّعنا على أن الملكَ يحصل بالموت ، ففيه وجهان : أحدهما : أنه يتبع الأصل في الردِّ .

والثاني : أنه يبقى على ملك الموصى له ؛ لأنه حصل على ملكه ، فهو كزيادة المبيع .

الثانية : النفقةُ والمؤَنُ وزكاة الفطر ، بين الموت والقبول ، على الموصى له إن قبل على كلِّ قولٍ (٣) ، وعلى الوارث إن ردَّ على كل قول .

ولا يعود الوجهُ المذكور في الزيادات ، وإن كان يحتمل أن يُقال : الغُرْمُ في مقابلة الغُنْم . ولكنْ إدخالُ شيءٍ في الملك قهرًا أهونُ من إلزامِ مؤنةٍ قهرًا .

فرع :

مهما توقَّف في القبول والردِّ مع الحاجة إلى النفقة ، كُلِّف النفقةَ قهرًا ، فإن أراد الخلاصَ فلْيَرُدَّ .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « إذا » ، والمثبت من (أ) .

(٣) في (أ) : « حال » .

وإن لم يكن إلى النفقة حاجةٌ ، ولكن أراد الوارثُ أن [1] يستقر الأمرُ [1] معه ، فيُطالَبُ بالقبول أو الرد .

فإن توقَّف حُكِمَ عليه بالردِّ لأجْلِ المصلحة ، فيقال : إما أن تَقْبَل أو نحكم عليك بالردِّ إن توقفت .

الثالثة : إذا كان الموصى به زوجةَ الموصى له :

فإن قَبِلَ : انفسخ النكاح .

وإن رأينا الوقفَ : كان بطريق التبينُّ من وقت الموت .

وإن [2] ردَّ : لم ينفسخ إلا إذا فرعنا على أنه يملك بالموت ، فيُفْسَخ [3] وإن كان الملك ضعيفًا ؛ لأن ملكَ اليمين يُضَادُّ [ملك] [4] النكاحَ .

وإن كانت زوجةَ الوارث :

فإن قَبِلَ الموصى له لم ينفسخ نكاحُه إلا إذا فرَّعنا على أنه يملك بالقبول ، وأنه قَبْلَ القبولِ للوارث ، ففيه وجهان [5] :

ووجه بقاء النكاح : ضَعْفُ الملك مع أن الاختيارَ إلى غيره . بخلاف الموصى له ، فإن الاختيارَ إليه .

وإن [6] ردَّ : فينفسخ [7] النكاحُ ، وهل يستند إلى حالة الموت ؟ فيه خلاف ، منشؤه : ضعفُ ذلك الملك .

---

(١) في (أ) : « يستقين الأمر » . (٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « فينفسخ » . (٤) زيادة من (ب) .

(٥) أصح هذين الوجهين : أن النكاح ينفسخ . انظر : روضة الطالبين : (١٤٤/٦) .

(٦) في (ب) : « فإن » . (٧) في (أ) : « فُسِخَ » .

ولو [1] كان الموصى به قريبًا للموصى له أو الوارث [2] قرابةً يعتق بالملك ، فتخريجه على الأقوال كتخريج انفساخِ نكاح الزوجة .

الرابعة : إذا أوصى بأَمَةٍ لزوجها الحُرِّ ، وولدت قبل القبول [3] بعد الموت : قال الشافعي - رضي الله عنه - : عَتَق الأولادُ ، ولم تكن [4] أمُّهم أمَّ ولدٍ له .

هذا نَقْلُ المزني [5] ، وهو خطأ ؛ إذ لا وجه للفرق بين [6] الأمِّ والولد [6] على كلِّ قول ، أثبتنا الملكَ أو نفينا أو توقفنا .

نعم ، قال بعد ذلك : ولو [7] مات الموصى له فقَبِلَ الوارثُ عتق الأولادُ ، وهو صحيح يُخرَّج [8] على قولنا : يحصل الملكُ بالموت للموصى له وعلى قول الوقف أيضًا .

الخامسة : أوصى له بولده فمات [9] ، فقَبِلَ وارثُه :

فعِتْقُه يُبْنَى [10] على أن الملكَ بماذا يحصل ؟

فإن قلنا : بالموت ، أو قلنا : بالوقف ، تبيَّنَ العتقُ على الموصى له قبل [11] موته .

وإن قلنا : بالقبول ، ففي قبول الوارث وجهان :

أحدهما : أنه يترتَّب على قبوله ، كقبول المورِّث .

---

(١) في (أ) : « وإن » .
(٢) في (أ) : « للوارث » .
(٣) في (أ) : « الموتول » ، وهو خطأ .
(٤) في (ب) : « يكن » .
(٥) انظر : مختصر المزني : (١٦٤/٣ ، ١٦٥) ، الأم : (٢٦/٤) ، روضة الطالبين : (١٥٣/٦) .
(٦) في (أ) : « الولد والأم » .
(٧) في (أ) : « فلو » .
(٨) في (أ) : « مخرج » .
(٩) أي : مات الموصى له .
(١٠) في (أ) : « ينبني » .
(١١) في (أ) : « قُبَيْل » .

والثاني : أنا نُسْنِدُه إلى ألطف حينٍ قبل موت الموصى له .

فعلى هذا هو تَرِكَةٌ ، يُقْضَى منه [1] الديونُ ، [2] ونتبين عتقَه [2] .

وإن قلنا : يترتب على القبول فلا يعتق ؛ لأن الميتَ لا يعتق القريبُ عليه بحال ؛ إذ ملكُه - وإن قُدِّر - لا قرارَ له .

نعم ، هل تُقْضَى الديونُ مما قَبِلَه الوارث ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه لا يُقْضَى ؛ إذ لم يملكه الميتُ ، وإنما وَرِثَ هذا حقَّ التمليكِ [3] فيملك ابتداءً .

وذكر هذا الوجه في الصيد المتعلق بشبكةٍ نَصَبَها قَبْلَ موته ، ولكنه أبعدَ فيه .

والوجه [4] الثاني : أنه يُقْضَى منه الديونُ [5] وكأنَّا نُقَدِّرُ حصولَ الملك للميت مختطفًا ، ثم نقدر انتقالَه إلى الوارث تلقيًا منه .

التفريع :

إذا قلنا : يعتق الولدُ بقبول الوارث فلا يرث ؛ لأن القابلَ إن كان أَخًا يصير محجوبًا به ، فيسقط حقُّه عن القبول ، فيمتنع العتقُ فيؤدِّي توريثُه إلى منع توريثه . فهو دَوْرٌ فقهي .

---

(١) في (أ) : « منها » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « وتبين عتقُه » .

(٣) في (أ) : « التملُّك » .

(٤) كلمة : « الوجه » ساقطة من (أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (١٤٧/٦) ، مغني المحتاج : (٥٤/٣) .

وإن كان له ابنٌ آخرُ ، فشركتُه تمنع كمالَ حقِّه في القبول ، فلا يَبْقَى له إلا قبولُ النصف .

ومَنْ نصفُه حرٌّ لا يرث ، ولا يمكن أن يَقْبَلَ نصيبَ نفسه ؛ لأن صحةَ قبوله موقوفٌ على توريثه ، وتوريثُه موقوفٌ على صحة قبوله ، فيتمانعان .

* * *

الباب الثاني

في أحكام الوصية الصحيحة

والنظر / في أقسام :

١٣٨/أ

القسم الأول

في الأحكام اللفظية

وفيه فصلان :

الفصل الأول

فيما يتعلق بالموصَى به

والكلام في أطراف :

[الطرف] (١) الأول : في الحمل :

والوصية بالحمل صحيحةٌ (٢) ، بشرط أن يكون موجودًا حالةَ الوصية .

ويُعْرَفُ تاريخُ ذلك في الحيوانات من أهل الخبرة ؛ فإنها مختلفة .

فإن انفصل حملُ الجارية ميتًا بجناية جانٍ صُرِفَ الأَرْشُ إلى الموصى له ، ولم يتبين فسادُ الوصية ، بخلاف ما إذا أوصى لحملٍ فانفصل ميتًا (٣) بجناية جانٍ لا يُصْرَفُ إلى ورثته ؛ لأن كونَه مالكًا يستدعي حياةً مستقرةً ، وكونَه مملوكًا لا يستدعي إلا التقوُّمَ ، وقد يُقَوَّم (٤) بالأرش .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في الأصل ونسخة (ب) : « صحيح » ، والمثبت من (أ) ، وهو الأولى .

(٣) كلمة : « ميتًا » ليست في (أ) .

(٤) في (ب) : « تقوم » .

ولو أوصى بجاريةٍ دون حملها جاز [١] .

ولو أطلق الوصيةَ : ففي اندراج الحمل تحت مطلق اللفظ تردُّد [٢] .

فإن قلنا : يندرج ، لم تبطل الوصيةُ فيه بانفصاله قبل موت الموصي ؛ لأنه زيادةٌ في الموصى به .

الطرف [٣] الثاني : إذا أوصى بطَبْلٍ من طُبُولِه ، وله [٤] طبلُ لهوٍ وحرب [٤] :

نزل على طبل الحرب ؛ تصحيحًا له [٥] .

وإذا أوصى بعُودٍ من عِيدانه ، وعنده عودُ اللهوِ وعودُ القوس وعود البناء : فوجهان :

أحدهما : أنه فاسد ؛ لأنه لا يُفْهَمُ منه إلا عودُ اللهو [٦] .

والثاني : أنه يُعْطَى عودَ البناء أو القوس ؛ لأنه يُسَمَّى عودًا ، فيُتَكَلَّفُ [٧] تصحيحُه كما في الطبل .

أما إذا لم يكن عنده إلا عودُ القوس أو [٨] البناء : أُعْطِيَ ذلك ؛ لأنه متعينٌ .

---

(١) في (أ) : « يجوز » .

(٢) قال في الروضة : « ولو أطلق الوصية بالجارية ، ففي دخول الحمل فيها وجهان ، أصحهما – على ما دل عليه كلام الأصحاب – : الدخول ، كالبيع . ولا تبعد الفتوى بخلاف البيع ؛ لأن الحمل لا ينفرد بالبيع ، فجُعِل تبعًا ، وينفرد بالوصية ، فلا يَتْبَع ، ولأن الأصل تنزيل الوصية على المتيقن ، ولأنها عقد ضعيف ، فلا يستتبع » . روضة الطالبين : (١٥٥/٦) .

(٣) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « طبلُ حربٍ وطبل لهو » .

(٥) قوله : « له » ليس في (أ) .

(٦) وهذا الوجه هو الأصح . انظر الروضة : (١٥٦/٦) .

(٧) في (أ) : « فيكلف » ، وفي (ب) : « فيتكلف في » .

(٨) في (أ) : « و » .

الثالث : إذا أوصى بقَوْس :

حُمِلَ على القوس الذي يُرْمَى منه [١] النَّبْلُ والنُّشَّابُ ، دون قوسِ النَّدْفِ والجُلَاهِقِ - وهو قوس [٢] البُنْدُقِ .

ويدخل تحته الحسبانُ فإنه يُرْمَى منه [٣] الناوك - [وهو نشاب] [٤] .

وهل يُعْطَى الوَتَرُ مع القوس ؟ فيه وجهان [٥] .

فإن [٦] قال : أعطوه قوسًا من قِسِيِّ ، ولم يكن عنده إلا قوسُ ندفٍ [٧] أُعْطَى ؛ لأنه تعينٌ .

وإن كان عنده قوسُ نَدْفٍ وجُلَاهِق ، أُعْطَى الجلاهِقَ ؛ لأنه أسبقُ إلى الفهم .

الطرف [٨] الرابع : إذا قال : أعطوه شاة :

جاز أن يُدْفَعَ إليه الكبيرُ والصغيرُ والضأنُ والمَعْزُ ؛ لأن الاسمَ شامل .

وقال الصيدلاني : لا يُعْطَى السَّخْلَةَ [٩] ، وقال : أراد الشافعي - رضي الله عنه -

---

(١) في (أ) : « عنه » . (٢) كلمة : « قوس » ليست في (ب) .

(٣) في (أ) : « عنه » . (٤) زيادة من (أ) .

(٥) قال في الروضة : « لا يدخل الوتر في الوصية بالقوس على الأصح ؛ لخروجه عن اسم القوس ، وكما لا يدخل السرج في الوصية بالدابة ، ويشبه أن يجري الوجهان في بيع القوس . وأما الريش والنصل فيدخلان في السهم لثبوتها » . روضة الطالبين : (١٥٨/٦) .

(٦) في (أ) : « وإن » . (٧) في (ب) : « الندف » .

(٨) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .

(٩) قال في الروضة : « وفي السخلة والعَنَاق وجهان : أصحهما : لا يقع عليها الشاة . والثاني : يقع » . روضة الطالبين : (١٥٩/٦) . وانظر مغني المحتاج : (٥٥/٣) .

بالصغير الجَذْعَة .

والمنصوص : أنه لا يُعْطَى الكبش [١] .

ومنهم من قال : يُعطى ؛ لأن الشاةَ اسمُ جنسٍ كالإنسان ، و « التاء » فيه [٢] ليس للتأنيث ، وأصله : الشَّاهَة ، وتصغيره [٣] : شُوَيْهَة .

ولو قال : أعطوه بقرةً ، لم يُعْطَ ثَوْرًا .

ولو قال : أعطوه جملًا ، لم يُعْطَ ناقة .

ولو قال : أعطوه بعيرًا ، فالمنصوص : أنه لا يُعطى ناقة [٤] .

ومن أصحابنا من قال : يعطى ؛ لأن البعيرَ كالإنسان للرجال والنساء .

ولو قال : أعطوه رأسًا من الإبل أو الغنم أو البقر ، جاز الذكرُ والأنثى .

فإن [٥] قال : أعطوه كلبًا أو حمارًا ، لم يُعطَ الكلبةَ والحمارةَ ؛ فإن الأنثى مميزةٌ

---

(١) قال في الروضة : « وهل يدخل الذكر فيها [يعني الشاة] ؟ قال الشافعي - رضي الله عنه - في « الأم » : لا يدخل ، وإنما هو للإناث بالعرف . ومن الأصحاب من قال : يدخل ؛ لأنه اسم جنس كالإنسان ، وليست « التاء » فيه للتأنيث ، بل للواحد . قال الحناطي : وبهذا قال أكثر الأصحاب » . روضة الطالبين : (١٥٩/٦) . وانظر : مغني المحتاج : (٥٥/٣) ، مختصر المزني : (١٦٢/٣) ، الأم : (٢٠/٤) .

(٢) قوله : « فيه » ليس في (أ) .

(٣) في (أ) : « ويُصغر فيقال » ، وفي (ب) : « تصغيرها » .

(٤) قال في الروضة : « وفي تناول البعير الناقةَ مثل الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر ، والحكاية عن النص : المنع ، وتنزيل البعير منزلة الجمل . والأصح - عند الأصحاب - : التناول ؛ لأنه اسم جنس عند أهل اللغة » . روضة الطالبين : (١٦٠/٦) . وانظر : مغني المحتاج : (٥٦/٣) ، مختصر المزني : (١٦٢/٣) ، الأم : (٢٠/٤) .

(٥) في (أ) : « وإن » .

فيهما [١] بالتاء .

ولو قال : أعطوه دابة ، فالمنصوص : أنه يُعْطَى من الخيل أو البغال أو الحمير ، ولا يُعطى من الإبل قطعًا [٢] .

قال بعض الأصحاب : أطلق الشافعي - رضي الله عنه - ذلك على لغة مُضَر ، وفي غيره لا يفهم منه إلا الفرس .

ومنهم من قال : الوضعُ الأصلي أَوْلى بالمراعاة من العرف الخاص المخصص .

ولو قال : أعطوه دابةً ؛ ليُقاتل عليه [٣] ، لم يُعْطَ إلا الفرسَ .

فإن قال : ليحمل عليه ، لم يُعطَ إلا بغلًا أو حمارًا .

ولو قال : لينتفع بنَسْلِه ، لم يُعطَ إلا فرسًا أو حمارًا .

الخامس : في العبد [٤] :

فإن قال : أعطوه رأسًا من رقيقي : جاز أن يُعطى السَّليمَ والمَعِيبَ ، والصغيرَ والكبير ، والذكر والأنثى والخُنْثى .

---

(١) في (أ) : « فيها » .

(٢) قال في الروضة : « فإن قال : أعطوه دابة : تناول الخيلَ والبغال والحمير . هذا نص الشافعي - رضي الله عنه - . فقال ابن سريج - رحمه الله - : هذا ذكره الشافعي - رحمه الله - على عادة أهل مضر في ركوبها جميعًا واستعمالِ لفظ الدابة فيها ، فأما سائر البلاد فحيث لا يُستعمل اللفظ إلا الفرس لا يعطى إلا الفرس . وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما : الحكم في جميع البلاد كما نص عليه الشافعي - رحمه الله - ، وهذا أصح عند الأصحاب » . روضة الطالبين . وانظر : مغني المحتاج : (٥٦/٣ ، ٥٧) ، مختصر المزني : (١٦٢/٣) ، الأم : (٢٠/٤) .

(٣) في (أ) : « عليها » .

(٤) في (أ) : « العبيد » .

وإن [١] لم يكن عند موته إلا رقيقٌ واحد : تعيَّنَ ذلك الواحد .

فإن مات أرقاؤه أو قُتِلُوا قبل موته : انفسخت الوصيةُ .

وإن [٢] قُتِلوا بعد موته [٣] ، يُخَيَّر [٤] الوارثُ في صرفِ قيمةِ واحدٍ إليه ؛ لأن حقَّه المتأكدَ أو ملكَه متعلقٌ به بعد موته ، فينتقل إلى القيمة .

فلو قُتِلَ كلُّهم إلا واحدًا [٥] لم يتعينَّ ذلك الواحدُ ، بل يُخَيَّرُ الوارثُ بين تسليمه وتسليمِ قيمة واحد .

وفيه وجه : أنه يتعين ذلك الواحدُ ؛ حذرًا [٦] من العدول إلى القيمة مع الإمكان [٧] .

وإن [٨] قال : أعتقوا عَنِّي عبدًا ، جاز المعيبُ والسليمُ .

وفيه وجه : أنه يُنَزَّلُ على ما يُجْزِئُ في الكفارة ؛ لأن الشرع عادةً في العتق لا في الهبة والوصية ، فينزل على عُرْفِ الشرع [٩] .

---

(١) في (أ) : « فإن » . (٢) في (ب) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « ذوته » . (٤) في (ب) : « تخير » .

(٥) في (أ) : « واحد » ، وهو خطأ . (٦) في (ب) : « حذارًا » .

(٧) قال في الروضة : « له أرقاء أوصى بأحدهم ، فماتوا أو قتلوا قبل موت الموصي : بطلت الوصية . وإن بقي واحد تعين ، وكذا لو أعتقهم إلا واحدًا ، وليس للوارث أن يمسك الذي بقي ويدفع إليه قيمة مقتول .

وإن قتلوا بعد موته وبعد قبول الموصى له انتقل حقه إلى القيمة ، فيصرف الوارث من شاء منهم إليه . وإن قتلوا بعد موته وقبل القبول ، فكذلك إن قلنا : تُمْلَكُ الوصية بالموت ، أو موقوفة . وإن قلنا : تملك بالقبول بطلت الوصية » . روضة الطالبين : (١٦٣/٦) . وانظر مغني المحتاج : (٥٧/٣) .

(٨) في (أ) : « فإن » ، وفي (ب) : « ولو » .

(٩) قال في الروضة : « لو أوصى بإعتاق عبد أعتق ما يقع عليه الاسم على الصحيح . وقيل : يتعين ما يجزئ في الكفارة ؛ لأنه المعروف في الإعتاق ، بخلاف : أعطوه عبدًا ، فلا عُرْفَ فيه » . روضة الطالبين : (١٦٥/٦) . وانظر مغني المحتاج : (٥٧/٣) .

فإن [١] أوصى أن يُعْتَقَ عنه رقابٌ ، فأقَلُّه ثلاثةٌ إن وفَّى الثلثُ به . فإن لم يَفِ إلا باثنين اقْتُصِر عليه .

فإن [٢] وفَّى باثنين وبعض الثالث ، فوجهان :

أحدهما : الاقتصارُ على اثنين [٣] ؛ لأن البعضَ ليس رقبةً [٤] .

والثاني : أنه يُشْتَرى الفضلُ ؛ لأنه أقربُ إلى مقصودِ الموصي .

وعلى هذا لو وجدنا نَفِيسَيْنِ ، أو [٥] خسيسَيْنِ وشِقْصًا ، فأيهما أَوْلَى ؟ فيه وجهان [٦] :
أحدهما : النفيسُ أولى ؛ لقوله - عليه السلام - لمَّا سُئِل عن أفضل الرقاب فقال [٧] : « أكثرُها ثمنًا ، وأنْفَسُها عند أهلها » [٨] .

---

(١) في (أ) : « وإن » ، وفي (ب) : « ولو » .

(٢) في (أ) : « وإن » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح عند جماهير الأصحاب ، وهو ظاهر النص . انظر : روضة الطالبين : (٦/ ١٦٦) ، مغني المحتاج : (٣/٥٧) .

(٤) في (أ) : « برقبة » . (٥) في (أ) : « و » .

(٦) قال في الروضة : « فإن لم يزد على ثمن أنفس رقبتين شيء ، بل أمكن شراءُ رقبتين نفيستين ، وأمكن شراء خسيستين وشقصٍ من ثالثة ، فأي الأمرين أولى ؟ وجهان ، أشبههما بالوجه الذى تفرع عليه : الثاني . ولو كان لفظ الموصي : اصرفوا ثلثي إلى العتق ، اشترينا الشقص بلا خلاف » . روضة الطالبين : (٦/١٦٦) .

(٧) قوله : « فقال » ليس في (ب) ، وفي (أ) : « قال » .

(٨) الحديث أخرجه البخاري : (٥/١٧٦) (٤٩) كتاب العتق (٢) باب أي الرقاب أفضل ؟ (٢٥١٨) بلفظ : « أعلاها ثمنًا ، وأنفسها عند أهلها » ، ومسلم : (١/٨٩) (١) كتاب الإيمان (٣٦) باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال (٨٤) ، وابن ماجه : (٢/٨٤٣) (١٩) كتاب العتق (٤) باب العتق (٢٥٢٣) ، ومسند أحمد : (٢/٣٨٨) ، ومالك في الموطأ : (٢/٥٩٧) (٣٨) كتاب العتق والولاء (٩) باب فضل عتق الرقاب وعتق الزانية وابن الزنا (١٥) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/٩٣) حديث رقم : (١٣٧٣) .

والثاني : الزيادة في عدد الرقبة [1] أولى ؛ لقوله ﷺ : « مَنْ أعتق رقبةً أعتق اللهُ بكلِّ عُضْوٍ منه [2] عضوًا منه من النار » [3] .

ولو قال : أعتقوا عبدًا من عبيدي ، وله خنثى حُكِمَ بكونه رجلًا ، ففي إعتاقه وجهان :

ووجه [4] المنع : أن اسمَ العبدِ مطلقًا لا ينصرف إليه .

ولو قال : أعتقوا أحدَ رقيقي ، وفيهم خنثى مُشْكِل :

رَوَى الربيع فيمن أوصى [5] بكتابة أحدِ رقيقه : أنه لا يجوز الخنثى المشكل .

ورَوَى المزني : أنه يجوز .

واختلف الأصحاب ، والأولى ما قاله المزنيُّ .

* * *

(١) في (أ) : « الرقاب » . (٢) في (أ) : « منها » .

(٣) الحديث أخرجه البخاري بلفظ : « أيما رجل أعتق امرأً مسلمًا استنفذ اللهُ بكل عضو منه عضوًا منه من النار » (١٧٤/٥) (٤٩) كتاب العتق (١) باب في العتق وفضله (٢٥١٧) ، وطرفه : (٦٧١٥) ، ومسلم : (١١٤٧/٢) (٢٠) كتاب العتق (٥) باب فضل العتق (١٥٠٩) ، وأبو داود بلفظ : « أعتقوا عنه يعتق اللهُ بكل عضو منه عضوًا منه من النار » (٢٨/٤) كتاب العتق - باب في ثواب العتق (٢٩٦٤) ، والترمذي : (٤/ ٩٧) (٢١) كتاب النذور والأيمان (١٣) باب ما جاء في ثواب من أعتق رقبة (١٥٤١) . وأخرجه ابن ماجه بلفظ : « من أعتق امرأ مسلمًا كان فكاكَه من النار ، يجزئ كلُّ عظم منه بكل عظم منه .. » (٨٤٣/٢) (١٩) كتاب العتق (٤) باب العتق (٢٥٢٢) .

(٤) في (أ) : « وجه » بدون الواو . (٥) في (أ) : « وصَّى » .

الفصل الثاني

فيما يتعلق بالموصى له

وله أطراف :

[الطرف] [١] الأول : إذا قال : أعطوا حَمْلَ فلانة كذا ، فأتت بولدين :

صرف إليهما بالسَّوِيَّة ، وإن كان أحدُهما ذكرًا والآخر أنثى .

ولو خرج أحدُهما حَيًّا والآخرُ ميتًا : فالكل للحيِّ .

وفيه وجه آخر : أنَّ له النصفَ ، ونصفُ الميت يعود إلى الورثة ، وهو ضعيف .

ولو قال : إن كان / حملُها [٢] غلامًا فأعطوه [٣] كذا ، فولدت غلامين : لم ١٣٨/ب يستحِقَّا شيئًا ، فإن الصيغة للتوحيد في النكرة .

وكذا إن جاءت بغلام وجارية .

ولو قال : إن كان في بطنها غلامٌ فأعطوه كذا ، فجاءت بغلام وجارية : أُعْطِي الغلام .

وإن جاءت بغلامين ، (٤ فأيهما يُعطى ٤) ؟ فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يَصْرِفُ الوارثُ إلى أيهما شاء ، وله خيارُ التعيين ؛ فإنَّ رأيَه يصلح للترجيح .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قوله : « حملها » ليس في (ب) .

(٣) في الأصل ، (ب) : « أعطوه » ، والمثبت من (أ) .

(٤) في (أ) : « أيهما يصرف ويعطى » .

والثاني : يُوَزَّع عليهما ؛ لتساويهما .

والثالث : أنه موقوفٌ بينهما إلى أن يَبْلُغَا ويصطلحا [١] .

ولو [٢] قال : أوصيت لأحد هذين الشخصين ، ففي صحتها [٣] خلافٌ ذكرنا نظيره في الوقف .

فإن صحَّ ومات قبل التعيين ، خرج على الأوجه الثلاثة .

الطرف [٤] الثاني : إذا أوصى لجيرانه :

صُرِف إلى أربعين دارًا من كلِّ جانبٍ ؛ لما روى أبو هريرة أنه ﷺ قال : « حقُّ الجوارِ أربعون دارًا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا ، وأشار يمينًا وشمالاً وقُدَّامًا وخَلْفًا » [٥] .

ولو أوصى لقُرَّاء القرآن ، صُرِف إلى مَنْ يحفظ جميعَ القرآن .

---

(١) قال في الروضة : « ولو قال : إن كان في بطنها غلام فأعطوه كذا ، فولدت غلامًا وجارية ، استحق الغلام ما ذكر . وإن ولدت غلامين ، فوجهان : أحدهما : بطلان الوصية ؛ بناءً على التنكير يقتضي التوحيد . وأصحهما : صحتها .

فعلى هذا ، هل يُوزَّع بينهما ، أم يوقف إلى أن يبلغا فيصطلحا عليه ، أم يصرفه الوارث إلى من شاء منهما كما لو وقع الإبهام في الموصى به ؟ فيه أوجه ، أصحها : الثالث » . روضة الطالبين : (١٦٨/٦) . وانظر مغني المحتاج : (٥٨/٣) .

(٢) في (ب) : « فلو » . (٣) في (أ) : « صحته » .

(٤) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .

(٥) هذا الحديث أخرجه الزيلعي في نصب الراية : (٤١٤/٤) وقال : أخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده . وعن أبي يعلى رواه ابن حبان في (كتاب الضعفاء) وأعلّه بعبد السلام بن أبي الجنوب ، وقال : إنه منكر الحديث . وأخرج الطبراني عن كعب بن مالك حديثًا في هذا المعنى : (٧٣/١٩) حديث رقم : (١٤٣) . وأخرجه الهيثمي في مجمع الزوائد بمعناه : (١٦٨/٨) وراجع التلخيص الحبير : (٩٣/٣) حديث رقم : (١٣٧٤) .

وهل يُصْرَف إلى مَنْ يقرأ ولا يحفظ عن ظهر القلب ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ للعموم .

والثاني : لا ، إذ العرفُ يخصص بالحفَّاظ [1] .

ولو أوصى للعلماء ، صُرِفَ إلى العلماء بعلوم الشرع دون الأطباء والمُنَجِّمين والمعبِّرين والأدباء ؛ لأن العرفَ يُخَصِّص .

ولا يصرف إلى مَنْ يسمع الأحاديثَ فقط ولا عِلْمَ له بطرق الأحاديث .

ولو أوصى للأيتام ، لم يدخل فيه من له أبٌ ولا بالغٌ ؛ لقوله ﷺ : « لا يُتْمَ بعد البلوغ » [2] : وفي الغَنيِّ وجهان [3] .

وإن أوصى للأرامل ، دخل فيه من لا زَوْجَ لها من النساء . وهل يدخل [فيه] [4] من لا زوجةَ له من الرجال ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ للعرف [5] .

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (١٦٨/٦) ، مغني المحتاج : (٦١/٣) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود عن عليّ بن أبي طالب ، ولفظه : « لا يُتْمَ بعد احتلام ... » (١١٤/٣) كتاب الوصايا – باب ما جاء متى ينقطع اليتم (٢٨٧٣) . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن جابر (٣٢٠/٧) ، وعبد الرازق في مصنفه : (٤٦٤/٧) حديث رقم : (١٣٨٩٩) ، والهيثمي في مجمع الزوائد : (٢٢٦/٤) عن أنس ، وقال : رواه البزار . وآخر عن حنظلة ، وقال : رواه الطبراني ورجاله ثقات . وأخرجه الزيلعي في نصب الراية : (٢١٩/٣) عن جابر . وراجع : كنز العمال : (١٧٨/٣) حديث رقم : (٦٠٤٦) . وراجع التلخيص الحبير : (١٠١/٣) حديث رقم : (١٣٨٨) .

(٣) قال في الروضة : « وفي اشتراط الفقر فيهم [أي : اليتامى] وجهان ، أشبههما ما قيل في الغنيمة : نعم ، وبه قطع أبو منصور » . روضة الطالبين : (١٨١/٦) .

(٤) زيادة من (أ) .

(٥) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٨١/٦ ، ١٨٢) .

والثاني : نعم ؛ للوضع ؛ إذ قد يُسَمَّى الرجلُ أرملَ .

قال الشاعر :

كلُّ الأراملِ قد قَضَّيت حاجتَه فمن [1] لحاجة هذا الأرمل الذكرِ ؟!

وهل يدخل الغنيُّ ؟ فيه وجهان كما في اليتيم .

ولو أوصى للشيوخ ، أُعْطِيَ من جاوز الأربعين .

ولو أوصى للفتيان والشبان ، أُعْطِي من جاوز البلوغَ إلى الثلاثين .

وإن أوصى للصِّبْيان والغلمان [2] ، صُرِف إلى مَنْ لم يبلغ ؛ اتِّباعًا للعرف في هذه الألفاظ .

الطرف الثالث : فيما [3] إذا أوصى للفقراء :

جاز أن يصرف إلى المساكين .

وللمساكين جاز [4] أن يُصرف [4] إلى الفقراء ؛ لأن كِلا الاسمين يُطْلَق [5] على الفريقين .

وإن قال : للفقراء والمساكين ، جُمِعَ بينهما .

وإن [6] أوصى لسبيلِ الله ، فهو للغُزَاة [7] أو للرقاب [8] .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « فما » ، والمثبت من (أ) ، وهو الأصح .

(٢) في (أ) : « وللغلمان » .

(٣) قوله : « فيما » ليس في (أ) .

(٤) في (أ) : « صرفه » .

(٥) في (أ) : « ينطلق » .

(٦) في (أ) : « ولو » .

(٧) في (أ) : « فهم الغزاة » .

(٨) في (أ) : « وللرقاب » .

وإن أوصى للرقاب ، فهو للمكاتبين .

ثم لا أقلَّ من استيعاب ثلاثةٍ من كلِّ نَفَرٍ ، ولا يجب التسويةُ بين الثلاثة .

ولو أوصى لثلاثة معيَّنين ، يجب [١] التسويةُ بينهم .

ولو أوصى لزيد وللفقراء ، قال الشافعي - رضي الله عنه - : القياسُ أنه كأحدهم .

فمنهم من قال : معناه : أنه لو أَعْطَى خمسةً من المساكين فيعطيه السُّدْسَ ، أو أعطى ستةً فيعطيه السُّبْعَ ؛ ليكون كأحدهم .

ومنهم من قال : يكفيه [٢] أن يعطيه أقلَّ ما يُتموَّل ؛ إذ ما من أحدٍ إلا وله أن يعطيه أقلَّ ما يُتَمَوَّل .

ومنهم من قال : يعطيه الرُّبْعَ ؛ لأن أقلَّ عددِ المساكين الثلاثةُ [٣] ، فالقَصْرُ عليه وعلى ثلاثةٍ يقتضي له الربعَ .

ومنهم من قال : يَصْرِفُ إليه النصفَ ، وإلى الفقراء النصف ؛ لأنه قابله بهم [٤] .

(١) في (أ) : « وجب » .
(٢) في (أ) : « يكفي » .

(٣) في (أ) : « ثلاثة » .

(٤) قال في الروضة : « إذا أوصى لزيد وجماعة معه ، فإما أن يكونوا موصوفين أو معينين ، الحال الأول : موصوفون غير محصورين ، كالفقراء والمساكين . وفي زيد أوجه :

أصحها : أنه كأحدهم ، فيجوز أن يعطى أقل ما يتمول ، ولكن لا يجوز حرمانه وإن كان غنيًا .

والثاني : أنه يعطى سهمًا من سهام القسمة ، فإن قسم المال على أربعة من الفقراء أعطى زيدٌ الخمس ، وإن قسمه على خمسة فالسدس ، وعلى هذا القياس .

والثالث : لزيد ربع الوصية ، والباقي للفقراء ؛ لأن أقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة .

والرابع : له النصف ، ولهم النصف .

والخامس : إن كان فقيرًا فهو كأحدهم ، وإلا فله النصف .

=

ولو قال : لزيد دينارٌ ، وللفقراء ثلاثةٌ ، لم يُعْطِ زيدًا شيئًا آخرَ وإن كان فقيرًا ؛ لأنه قَطَع الخيرة [1] بتنصيصه .

أما إذا أوصى ⁽[2] للعَلَوِيِّين والهاشميين [2]⁾ ، أو بني طيء ، وبالجملة قبيلة عظيمة ، ففي الصحة قولان :

أحدهما : نعم [3] ، ثم أقلُّ الأمرِ أن يُعْطِيَ ثلاثةً [4] كما للفقراء .

والثاني : لا ؛ إذ هم محصورون ، ولا يمكن استيعابُهم ولا عُرْفَ للشرع في تخصيصهم بثلاثة ، بخلاف الفقراء .

الطرف [5] الرابع : لو أوصى لزيد ولجبريل :

كان لزيد النصفُ ، ويَبْطُلُ الباقي .

ولو قال : لزيد ⁽[6] وللريح أو [6]⁾ للرياح ، فوجهان :

أحدهما : أنه له النصفُ ، كما سبق في جبريل .

= والسادس : إن كان غنيًّا فله الربع ؛ لأنه لا يدخل فيهم ، وإلا فالثلث ؛ لدخوله فيهم .

والسابع : أن الوصية في حق زيد باطلة ؛ لجهالة من أضيف إليه ، حكاه السرخسي في « الأمالي » ، وهو ضعيف جدًّا » . روضة الطالبين : (١٨٣/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٦٢/٣) .

(١) في (أ) : « الحَيْرَة » .

(٢) في (أ) : « إلى العلويين أو الهاشميين » .

(٣) وهذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (١٨٥/٦) ، مغني المحتاج : (٦٢/٣) .

(٤) في (أ) : « لثلاثة » .

(٥) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .

(٦) ما بين القوسين ليس في (أ) .

والثاني : له الكل ؛ إذ الإضافةُ إلى الرياح لَغْوٌ .

وإن أوصى لزيد ولله تعالى ، فوجهان :

أحدهما : له الكل ، وكان [١] ذِكْرُ الله تعالى [١] تأكيدًا لقربته [٢] ، كقوله تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [٣] .

والثاني : أن [٤] النصفَ له [٤] والباقي للفقراء ؛ لأن عامةَ ما يجب لله تعالى يُصْرَفُ إلى الفقراء [٥] .

ولو قال : لزيد وللملائكة ، أو لزيد وللعلوية ، وقلنا : لا يصح للعلوية .

ففي قَدْرِ ما يصرف إلى زيد الخلافُ الذي ذكرناه [٦] في قوله [٦] : لزيد وللفقراء ويَبْطُلُ في الباقي [٧] .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « ذكره لله » ، والمثبت من (أ) .

(٢) في (أ) : « للقربة » .

(٣) سورة الأنفال من الآية (٤١) .

(٤) في (أ) : « له النصف » .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (١٨٥/٦ ، ١٨٦) ، مغني المحتاج : (٦٢/٣) .

(٦) قوله : « في قوله » ليس في (أ) .

(٧) قال في الروضة : « أوصى لزيد وجبريل ، فوجهان :

أصحهما : لزيد النصف ، وتبطل الوصية في الباقي . كما لو أوصى لابن زيد وابن عمرو ، ولم يكن لعمرو ابن ، أو زيد وعمرو ابني بكر ، فلم يكن له إلا ابن اسمه زيد ، يكون النصف للموجود ويبطل الباقي .

الثاني : أن لزيد الكل ، ويلغو ذكر من لا يملك ، بخلاف ما إذا ذكر معه من يملك .

ويجري الوجهان في كل صور أوصى لزيد ولمن لا يُوصف بالملك ، كالشيطان والريح والحائط والبهيمة وغيرها .

ولو أوصى لزيد وللملائكة أو للرياح أو للحيطان ، فإنْ جعلنا الكل لزيدٍ فذاك ، وإلا فهل له النصف ، أم الربع ، أم للموصي أن يعطيه أقل ما يتمول ؟ فيه الخلاف السابق في الوصية لزيد وللفقراء » . روضة الطالبين : (١٨٥/٦) ، وانظر مغني المحتاج : (٦٢/٣) .

الطرف [1] الخامس : لو أوصى لأقارب زيد :

دخل فيه الذكورُ والإناث ، والغنيُّ والفقيرُ ، والمَحْرَمُ وغير المحرم ، وقرابة الأب وقرابة الأم ، إلا إذا كان الرجلُ غربيًا فلا تدخل [2] قرابةُ الأم ؛ لأنهم لا يَعُدُّون ذلك قرابةً .

ولو قال : لأرحام [3] فِلانٍ ، دخل [فيه] [4] قرابةُ الأم مع قرابة الأب ؛ إذ لا تخصيصَ لهذا الاسم .

ومن الأصحاب [5] من قال : لفظ القرابة كلفظ الرحم في حق العربي كما في حق [6] العجمي ، ولم يَثْبُتْ من العرب هذا التخصيص [7] .

واختلفوا في ثلاثة أمور :

أحدها : في دخول الأصول والفروع ، وفيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يدخلون ؛ إذ الوصيةُ للأقارب ، والأبُ والابنُ لا يُسَمَّى قرابة .

والثاني : نعم ؛ لأنهم من الأقارب وإن كان لهم اسمٌ أخصُّ .

والثالث : أنه لا يدخل الأبُ والابن ، ويدخل الأحفادُ والأجداد [8] .

---

(١) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) .
(٢) في (أ) ، (ب) : « يدخل » .
(٣) في الأصل فوق الكلمة : « لذوي » .
(٤) زيادة من (أ) .
(٥) في (ب) : « أصحابنا » .
(٦) كلمة : « حق » ليست في (أ) .

(٧) قال في الروضة : « إذا أوصى لأقاربه ، فإن كان أعجميًا دخل قرابة الأب والأم . وإن كان عربيًا ، فوجهان :

أصحهما – وبه قطع العراقيون ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » – : دخولهم من الجهتين كالعجم .

والثاني : لا تدخل قرابة الأم ، ورجحه الغزالي والبغوي ؛ لأن العرب لا تفخر بها » . روضة الطالبين : (١٧٣/٦ ، ١٧٤) . وانظر : مغني المحتاج : (٦٣/٣) .

(٨) وهذا الوجه هو الأصح عند الأكثرين . انظر : روضة الطالبين : (١٧٣/٦) ، مغني المحتاج : (٦٣/٣) .

الأمر الثاني : أن الوارثَ لا يدخل إذا أوصى لأقاربِ نَفْسِه ؛ إذ لا وصيةَ لوارث / ، ١٣٩/أ وكأنهم خارجون بحكم القرينة .

ومنهم من قال : يدخلون ، ثم تبطل الوصيةُ في نصيبهم وتبقى في الباقي .

[**الأمر**] (١) **الثالث** : أن قبائلَ العرب تتسع ، (٢ فتكثر فيها ٢) القراباتُ إن ارتقينا إلى أولاد الأجداد العالية .

فقال أبو يوسف : يرتقي إلى أجداد الإسلام ولا يزيد عليه ، وهو بعيد .

وقال الشافعي - رحمه الله - : يرتقي إلى أقرب جَدٍّ يُنسب هو إليه ويُعرف به .

وذكر الأصحاب في مثاله ، أنه لو أوصى [هو] (٣) لقرابة الشافعي - رضي الله عنه - صرفنا إلى بني شافع ، لا إلى بني عبد مناف وبني عبد المطلب وإن كانوا أقارب (٤) .

وهذا في زمانه ، أما في زماننا لا يُصرف إلا إلى أولاد الشافعي ، ولا يرتقي إلى بني شافع ؛ لأنه أقربُ من عُرِفَ به .

الطرف (٥) السادس : إذا أوصى لأقربهم قرابةً لفلان : صُرِفَ إلى الأقرب .

وفيه مسألتان :

---

(١) زيادة من (ب) .

(٢) في (أ) : « فتكثر فيه » ، وفي (ب) : « فيكثر فيه » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) انظر : روضة الطالبين : (١٧٣/٦) ، مغني المحتاج : (٦٤/٣) .

(٥) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) ، (ب) .

إحداهما : أن الأبَ والأمَّ والابن والبنت يدخلون ؛ لأنه لا يَبْعُدُ تسميتُهم أقربَ الأقارب [1] .

ثم لا تفضيلَ بذكورة وأنوثة بل يستوى فيه الأبُ والأم والابن والبنت .

ولا يُتْبَعُ الوراثة ، بل أولادُ البنات يُقَدَّمون على أحفاد البنين ؛ لمزيد القرب إلا إذا اختلف الجهة كالأحفاد وإن سَفَلُوا يُقَدَّمون على الإخوة ، وبنو الإخوة وإن سفلوا يقدمون على الأعمام ؛ لأن العُرْفَ يَقْضِي بأنهم أقرب . وابنُ الأخ من الأب والأم [2] مقدَّمٌ على ابن ابن الأخ من الأب والأم ، لأن جهةَ الأخوة واحدة .

ولا شك فى أن الأخ المُدْلي بجهتين مقدَّمٌ على المدلي بجهة واحدة .

ولا فرق بين الأخ للأم والأخ للأب ، ولا بين الأخ والأخت .

الثانية : الجد - أبُ أَبٍ - مع الأخ ، فيه قولان : أحدهما : أنهما يستويان ؛ للاستواء في القُرْب . والثاني : الأخ أولى ؛ لأن قرابةَ البنوة أقوى .

وكذا الخلاف في أب الأم مع الأخ للأم . وأبُ الأبِ مع ابن الأخ للأب ، فيه قولان : أحدهما : الجد أولى ؛ لقربه . والثاني : ابن الأخ أولى ؛ لقوة البنوة [3] .

---

(١) كلمة : « الأقارب » ليست في (أ) .

(٢) قوله : « والأم » ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) قال في الروضة : « فإن اجتمع جد وأخ قُدِّم الأخ على الأظهر . والثاني : يستويان . وقيل : يقدم الأخ قطعًا .

ويجري هذا الخلاف في الجد أبي الأب ، والجد أبي الأم ، مع الأخ للأم ، والأخ لأب . فإن قلنا بالتسوية ، فالجد أولى من ابن الأخ . وإن قدمنا الأخ فكذا ابنه وإن سفل . والمذهب : تقديم ابن الأخ على أبي الجد ، وقيل بطرد الخلاف » . روضة الطالبين : (١٧٥/٦) ، وانظر : مغني المحتاج : (٦٤/٣) .

القسم الثاني من الباب
في الأحكام المعنوية

وفيه فصول :

الفصل الأول

في [1] الوصية بمنافع الدار والعبد وغَلَّةِ البستان وثمرته

وهي صحيحةٌ ، نصَّ الشافعيُّ - رضي الله عنه - عليه ، وسوَّى بين الثمار والمنافع [2] .

وحقيقةُ هذه الوصية عندنا تمليكُ المنافع بعد الموت ، حتى يورث عن الموصى له إذا مات ويَمْلِكُ الإجارةَ ولا يَضْمَنُ إذا تلف في يده العبدُ كما لا يضمن المستأجرُ ، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - هي عاريَّةٌ لازمةٌ لا مِلْكَ فيها [3] .

وفيه مسائل :

الأولى : فيما يملكه الوارث :

ولا شَكَّ في أنه يَنْفُذُ عتقُه ، ولكن لا يجزئه عن الكفارة [4] إن لم تكن الوصيةُ مؤقتةً .

وفيه وجه آخر : أنه يجزئ .

---

(١) كلمة : « في » ليست في (أ) .

(٢) انظر : روضة الطالبين : (١٨٦/٦) ، مغني المحتاج : (٦٤/٣) .

(٣) انظر : روضة الطالبين : (١٨٦/٦) ، مغني المحتاج : (٦٤/٣ ، ٦٥) .

(٤) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٨٩/٦) ، مغني المحتاج : (٦٥/٣) .

ثم إذا نفذ العتقُ بقي حقُّ الموصى له في الانتفاع ، ولا يجد العبدُ مرجعًا على الوارث ، بخلاف عتقِ العبد المستأجر ؛ لأن البدلَ ثَمَّ رجع إلى المعتق ، وهاهنا لم يوجد بدلُ هذه المنفعة .

وأما الكتابة ، ففيه [1] وجهان : أحدهما : لا ؛ إذ لا كَسْبَ له [2] .

والثاني : نعم ؛ تعويلًا على الصدقات .

وأما البيع : فإن كان [3] الوصيةُ مؤقتةً خرج على بيع العبد المستأجر .

وإن كانت مؤبَّدةً فالظاهرُ المنع ؛ لأنه معجوزٌ عن التسليم أبدًا ، إلا أن يبيع من الموصى له [4] .

وفيه وجه آخر : أنه ينفذ البيعُ ؛ لنقل ما يملكه ، ويتسلط المشتري على إعتاقه وجَلْبِ الولاء فيه .

أما إذا أوصى بنِتَاجِ الشاة ، صح بيعُ الشاة لبقاء منفعة الصوف والوَبَر للمالك .

---

(١) في (أ) : « ففيها » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٦/١٨٩) ، مغني المحتاج : (٣/٦٥) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « كانت » .

(٤) قال في الروضة : « وأما الموصى بمنفعته على التأبيد ، ففي بيع الوارث رقبته أوجه :

أصحها : يصح بيعها للموصى له بالمنفعة دون غيره . والثاني : يصح مطلقًا . والثالث : لا . والرابع : يصح بيع العبد والأمة ؛ لأنهما يُتقرب بإعتاقهما ، ولا يصح بيع البهائم والجمادات » . روضة الطالبين ، وانظر : مغني المحتاج : (٣/٦٦) .

وإنما الخلاف إذا لم يَبْقَ منفعةٌ أصلًا فيضاهي مالا منفعةَ له حِسًّا .

المسألة [١] الثانية : في منافعها :

وهي للموصى له أبدًا ، ويدخل فيه أكسابُ العبد باحتطابٍ واصطياد .

ولا تدخل منفعةُ البُضْعِ ، بل يصرف بدلُه إلى المالك ؛ لأن مطلقَ اسم المنفعة لا ينصرف إليه ، مع أنه لو أوصى بها صريحًا لم يصح .

وقال العراقيون : البدلُ له ؛ فإنه [٢] من المنافع [٣] .

ولا خلافَ في امتناع الوطء على الموصى به ؛ لعدم ملكِ الرقبة وعلى الوارث ، إلى هلاك حقِّ الموصى له بالطلق كما في الراهن .

فإن كاتب [٤] وإن كانت صغيرةً أو آيسةً ، فقد قيل : يجوز في الرهن فهو (٥ جارٍ هاهنا أيضا ٥) .

وأما تزويجُها فهو جائزٌ ؛ لكسب المهر ، وفي مصرفِ المهر ما ذكرناه .

---

(١) كلمة : « المسألة » ليست في (ب) .

(٢) في (أ) : « فإنها » .

(٣) قال في الروضة : « وإذا وطئت بشبهة ، أو زوجت ، ففي المهر وجهان :

قطع العراقيون والبغوى بأنه للموصى له كالكسب .

والمنسوب إلى المراوزة : أنه لورثة الموصي ، وبه قطع المتولي ، وصححه الغزالي ، وهو الأشبه ؛ لأنه بدل منفعة البضع ، ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها ، فكان تابعًا للرقبة » . روضة الطالبين : (١٨٧/٦ ، ١٨٨) .

(٤) كلمة : « كاتب » ليست في (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « جارٍ هاهنا » ، وفي (أ) : « جارٍ أيضًا هاهنا » ، والمثبت من (ب) .

وفي مَنْ يتولَّى العقدَ ثلاثةُ أوجه :

أحدها : الوارثُ ؛ لملكه الرقبةَ ، ثم لابد من رضا الموصى له ، فإنَّ فيه نقصانَ حقِّه وضررَه ، وهذا هو الصحيح [١] .

والثاني : أن الموصى له يستقل به ، وهو مذهب من يقول : المهرُ له .

والثالث : يستقل به المالك .

وأما التزويجُ من العبد ، فيظهر استقلالُ الموصى له ؛ لأن حق [٢] منع العبد لا لقصور في أهليته ولكن لضررِ تعلُّق الحقوق بالأكساب ، والموصى له هو المتضرر .

وأما ولد الجارية ، فالصحيح : أنه لا حقَّ للموصى له فيه ؛ لأنه يتبع المِلْكَ .

ومنهم من قال : هو ملكُ الموصى له ؛ لأنه [٣] أيضًا من المنافع ، وهو بعيد .

ومنهم من قال : هو أُسْوَةُ الأمِّ ، ملكُ الرقبة للوارث ، وملكُ المنفعة للموصى له [٤] .

وهو أيضًا بعيدٌ ؛ لأن استحقاقَ المنفعة لا يَسْري إلى الولد كما في الإجارة .

وأما ما يكتسبه بالاتِّهاب ، ففي مصرفه وجهان :

أحدهما : أنه للموصى له ، كما في الاحتطاب [٥] .

---

(١) في مغني المحتاج : هو الأصح . انظر : مغني المحتاج : (٦٥/٣) .

(٢) كلمة : « حق » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « وهو » .

(٤) هذا الوجه هو الأصح ، كما في روضة الطالبين : (١٨٧/٦) ، مغني المحتاج : (٦٥/٣) .

(٥) قال في الروضة : « ولا يملك [الموصى له] الكسبَ النادر ، كالهبة واللُّقطة على الأصح ؛ لأنه لا يُقْصد بالوصية . وحكى الحناطي وأبو الحسن العبادي وجهًا في كل الأكساب ، وهو ضعيف » . روضة الطالبين : (١٨٧/٦) .

والثاني : للمالك ؛ فإنه لم ينصرف إليه عملٌ متقوم ؛ والسببُ انعقد للعبد ، والمالكُ يتلقَّى الملكَ لملك [1] الرقبة .

الثالثة : في نفقته ثلاثة أوجه :

القياس : / أنه على الوارث ؛ نظرًا إلى الملك ، فإن أراد الخلاص فليعتق [2]. ١٣٩/ب

والثاني : أنه على الموصى له ؛ لأنه يستحق المنافعَ على الدوام ، فكان كزوج الأمة .

والثالث : أنه في كسبه ، فإن لم يَفِ فعلى بيت المال ، وإليه ذهب الإصطخرى .

وقد اختلفوا [3] في أن الموصى له [3] هل ينفرد بالمسافَرَة به ؟

والظاهر [4] : أنه يملك ؛ إذ به كمالُ الانتفاع ، ولذلك يمتنع على الوارث المسافرة قطعًا بخلاف سيدِ الأمة المزوجة .

والثاني : أنه لا يملك كما لا يملك بملك [5] زوجِ الجارية ؛ مراعاةً لحقِّ المالك ، فلا يجوز إلا بالتراضي كالتزويج على ظاهر المذهب .

الرابعة : إذا قُتِلَ ، فللوارثِ استيفاءُ القصاص ، ويَحْبَطُ حقُّ الموصى له .

وإن وقع الرجوعُ إلى القيمة ، ففيه [6] وجهان :

---

(١) في (أ) : « بملك » .

(٢) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (١٨٩/٦) ، مغني المحتاج : (٦٦/٣) .

(٣) في (أ) : « في أنه » .

(٤) في الروضة : الأصح . انظر : الروضة : (١٨٨/٦) .

(٥) قوله : « بملك » ليس في (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « فيه » .

أحدهما : أنه للوارث ؛ فإنه بدلُ ملكِه ، وقد انقضى عمرُه فانقطع حقُّ الموصى له .

والثاني : أنه يُشْتَرَى به عبدٌ ، ويُجْعَلُ بمثابته بينهما في الملك والمنفعة [1] .

وفيه وجه [آخر] [2] : أنه [3] يختص به الموصى له ، وكأن ماليتَه مستغرقةٌ بحقه ، إذ [4] لم يَبْقَ له قيمةٌ في حق المالك ، وهو بعيد .

وفيه وجه رابع : أنه يُوَزَّع على قيمةِ المنفعة وقيمةِ الرقبة مسلوبةِ المنفعة ، ويُقَسَّم بينهما .

أما إذا قطع طرفه : فالذي قطع به الأصحاب وذكره الأكثرون : أنه للوارث وجهًا واحدًا .

أما إذا جنى هو على غيره ، فيباع من [5] أرش الجناية ، فإن فداه [السيدُ] [6] استمر حقُّ الموصى له .

وإن فداه الموصى له ، فهل يجب على المجنيِّ عليه قبولُه ، فيه وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه أجنبيٌّ عن الرقبة ، ومتعلقُ الحق الرقبة .

والثاني : نعم ؛ لأن له غرضًا في بقاء الرقبة كما للسيد [7] .

الخامسة [8] : في كيفية احتسابه من الثلث ، وجهان :

---

(١) وهذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٩٠/٦) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « أنّ » .

(٤) في الأصل : « إلا » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « في » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (١٩١/٦) .

(٨) في (أ) : « الخامس » ، وهو خطأ .

أحدهما : أنه يُعْتبر جملةُ قيمة العبد ؛ إذ لم يَبْقَ له قيمةٌ ، فكأنه أوصى بالعبد .

والصحيح : أنه يُعْتبر ما نَقَصَ من قيمته ؛ إذ لابد وأن يبقى له قيمةٌ ؛ طمعًا [١] في إعتاقه وولائه [٢] .

أما إذا كانت المنفعةُ الموصى بها مؤقتةً ، فطريقان :

أحدهما : طَرْدُ الوجهين .

والثاني : أنه يُعْتبر أجرةُ المثل ، وهو بعيد ؛ لأن المنفعة [التي] [٣] تحدث بعد الموت ([٤] فليس مفوِّتًا لها [٤]) من ملكه ، بل لا يتجه إلا اعتبارُ ما يَنْقُصُ من قيمته بسبب الوصية [٥] .

---

(١) في (أ) : « قطعًا » .

(٢) قال في الروضة : « في كيفية حساب المنفعة من الثلث : فإن أوصى بالمنفعة أبدًا فوجهان – ويقال : قولان – :

أصحهما عند الجمهور وهو نصه في اختلاف العراقيين وفي « الإملاء » وبه قال ابن الحداد : أنه تعتبر الرقبة بتمام منافعها من الثلث ؛ لأنه حال بين الوارث وبينها ، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها ؛ لأن مدة عمره غيرُ معلومة ، وإذا تعذر تقويم المنافع تعين تقويم الرقبة .

والثاني – خرَّجه ابن سريج – : أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها وقيمتها مسلوبة المنافع ، واختاره الغزالي وطائفة » . روضة الطالبين : (١٩١/٦ ، ١٩٢) ، وانظر مغني المحتاج : (٦٦/٣) .

(٣) زيادة من (ب) .

(٤) في (ب) : « ليست مفوَّتة » ، والضمير يعود على المنفعة .

(٥) قال في الروضة : « أما إذا أوصى بمنفعته مدة كسنة أو شهر ، ففيه طرق :

أحدها : طرد الخلاف ، كالوصية المؤبدة .

والثاني : إن اعتبرنا هناك ما بين القيمتين ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان : أحدهما : التفاوت . والثاني : الرقبة .

والطريق الثالث : أن المعتبر من الثلث أجرةُ مثلِ تلك المدة .

والرابع – وهو أصحها – : يُقوَّم العبد بمنافعه ثم مسلوبَ منفعته تلك المدة ، فما نقص حُسِب من الثلث . وقيمة الرقبة في هذه الحالة محسوبة من التركة بلا خلاف » . روضة الطالبين : (١٩٢/٦) .

التفريع :

إذا اقتضى الحالُ أن يَرُدَّ بعضَ الوصيه كسدسها مثلًا ؛ لزيادتها على الثلث ، فيُنْقِصُ من المدة المقدرة بسدسها من أجْرِها ، أو يُخْرِجُ سدسَ العبد في جملة المدة عن الوصية ؟ فيه وجهان ، الأسَدُّ : أنه يُخْرِجُ سدسَ العبد ؛ لأن الأجرةَ تختلف باختلاف المواقيت .

* * *

الفصل الثاني

في الوصية بالحج

والحج [١] ثلاثة أنواع :

الأول : التطوع :

وفي صحة الوصية به وجهان يبتنيان على أن النيابةَ هل تتطرّق [٢] إليها ؟

والصحيح : أنها تتطرق إليه ؛ اقتداءً بالأولين في فعلهم فتُحْسَبُ الوصيةُ [به] [٣] من الثلث .

وفيه فرعان :

أحدهما : أن مطلقَه يقتضي حجةً من الميقات أو من دُوَيْرة أهله ؟ اختلفوا فيه ؛ لتردد اللفظ بين أقلِّ الدرجات وبين العادة [٤] .

الثاني : أنه هل تُقَدَّم [٥] الوصيةُ بحج التطوع على سائر الوصايا ؟

حُكِيَ فيه قولان ، ولا وجه للتقديم ، إلا أن حقَّ الله [تعالى] [٦] – على رأيٍ – يُقَدَّمُ على حقِّ الآدمي [٧] ، حتى إن أوصى بالصدقة مع حجِّ التطوع لم يُحْتَمل التقديمُ .

نعم ، لو أوصى بحجةٍ منذورةٍ احْتُمل التقديمُ على الوصايا ؛ لتأكُّدِها باللزوم .

---

(١) في (أ) : « الوصية » .

(٢) في (ب) : « يتطرق » .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) في الروضة : « فإن أطلق ، فعلى أيهما يُحمل ؟ وجهان ، أصحهما : من الميقات ، وإليه ميل أكثرهم » . روضة الطالبين : (١٩٥/٦) .

(٥) في (ب) : « يقدم » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) ، (ب) : « الآدميين » .

الثاني : حجة الإسلام :

ولا حاجة فيها إلى الوصية ؛ إذ [١] كانت [قد] [٢] لزمت في الحياة ، بل يُخْرَجُ عندنا من رأس ماله وإن لم يُوصِ ، خلافا لأبي حنيفة رحمه الله .

وهو عندنا كالزكاة [٣] ؛ فإنها لا تسقط بالموت .

فروع ثلاثة [٤] :

الأول : إذا أوصى بحجةِ الإسلام فلا فائدة له ، إلا إذا قال : حُجُّوا عنّي من الثلث .

فائدته [٥] : مزاحمة الوصايا من الثلث به ، ثم إن [٦] لم يَخُصَّ الحجَّ بعد المضاربة [٦] ما يفي به ، كمل من رأس المال .

ومنهم من قال : إذا لم يَفْضُلْ من حجة الإسلام شيءٌ من الثلث فلا شيء للوصايا ، بل فائدته الإضافةُ إلى الثلث .

الفرع الثاني : إذا قال : أوصيت بأن تَحَجُّوا عني ، ولم يُضِفْ إلى الثلث .

ففي مزاحمة الوصايا به [٧] في الثلث وجهان ، ووجهه : أن لفظَ الوصية مشعرٌ به .

ولو زاد وقال [٨] : وأعتقوا عني وتصدقوا ، فوجهان مرتبان ، وأولى بالمزاحمة ؛ لأنه قربةٌ بما ينحصر في الثلث .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إذا » .
(٢) زيادة من (أ) .
(٣) في (أ) ، (ب) : « كالزكوات » .
(٤) كلمة : « ثلاثة » ليست في (ب) .
(٥) في (أ) ، (ب) : « ففائدته » .
(٦) في (أ) ، (ب) : « يفضل للحج بعد المضاربة » .
(٧) ليست في (أ) ، (ب) .
(٨) قوله : « وقال » ليس في (أ) ، (ب) .

الثالث : إذا قال : أحِجُّوا عني فلانًا بألف ، وهو زائدٌ على أجر [1] المثل ، فوجهان :

أحدهما : أنه [2] يحج بأجر [2] المثل ؛ لأن مقصودَه الحجُّ ، والزائد لا حاجة إليه .

والثاني : أن الزيادةَ وصيةٌ لمن يَحُجُّ ؛ ليُحْسِنَ الحجَّ ، فيُصْرَفُ إليه إن وفَّى به الثلث .

أما إذا قال : اشتروا بمائة درهمٍ عشرةَ أقفزةِ حنطةٍ وتصدَّقوا بها ، فوجدنا أجودَ الحنطة بثمانين ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أن الزيادةَ وصيةٌ لبائع الحنطة ، وهو بعيد ؛ فإن ذلك لا يُقْصَدُ بخلاف الإحسان إلى مَنْ يحج .

والثاني : أنه يُشْتَرى به حنطةٌ زائدة ؛ لأن مقصودَه التصدُّقُ بمائةٍ وصَرَفَه إلى الحنطة .

والثالث : أنه يُرَدُّ على الورثة ؛ لأن مقصودَه عشرةُ أقفزةٍ من الحنطة ، وقد تصدَّق [3] بها .

الثالث [4] : الحجة المنذورة ، والصدقة المنذورة ، / والكفارات : ١٤٠/أ

وفيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه يخرج من رأس المال ؛ لأنها لَزِمَتْه [5] كحجة الإسلام ، فلا حاجة إلى الوصية .

والثاني : أنها كالتطوعات ، فإن أوصى بها أخرج من الثلث ؛ لأنه لو فُتِحَ هذا

---

(١) في (أ) : « أجرة » . (٢) في (أ) : « يحج عنه بأجرة » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « تصدقنا » .

(٤) في الأصل : « النوع الثاني » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) ، (ب) : « لزمت » .

البابُ لاستغرقَ بالنذور جميعَ أمواله ثم يُؤخِّرُه إلى ما بعد الموت .

والثالث : أنها تُؤدَّى من الثلث وإن لم يُوصِ ، وكأن نَذْرَه تبرَّعَ به (١) وقد أخَّر (١) أداءه إلى الموت ، فصار النذرُ نفسُه كالوصية .

فإن قيل : ما الذي يقع عن الميت بعد موته دون إذنه ؟

قلنا : الدعاء والصدقة (٢) وقضاء دينه .

أما الدعاء : فقد قال - عليه السلام - : « إذا مات ابنُ آدمَ انقطع عنه (٣) عملُه إلا في (٤) ثلاث : صدقةٍ جارية ، وعلمٍ يُنْتَفع به ، وولدٍ صالح يدعو له » (٥) .

وأما الصدقة : فقد قال : سعد بن أبي وقاص : يا رسول الله ؛ إن أمي أصمتت ، ولو نطقت لتصدَّقَتْ ، أفينفعها إن تصدَّقْتُ عنها ؟ قال [عليه السلام] (٦) : « نعم » (٧) .

---

(١) في (ب) : « وتأخر » .

(٢) قال في الروضة : « وأما الدعاء للميت والصدقة عنه فينفعانه بلا خلاف ، وسواء - في الدعاء والصدقة - الوارثُ والأجنبيُّ . قال الشافعي - رحمه الله - : وفي وسع الله تعالى أن يثيب المتصدق أيضًا . قال الأصحاب : فيستحب أن ينوي المتَصدقُ الصدقةَ عن أبويه ؛ فإن الله تعالى يُنِيلُهما الثوابَ ولا ينقص من أجره شيئًا » . روضة الطالبين : (٢٠٢/٦) .

(٣) قوله : « عنه » ليس في (ب) . (٤) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٥) أخرجه مسلم : (١٢٥٥/٣) (٢٥) كتاب الوصية (٣) باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٦٣١) ، وأبو داود : (١١٧/٣) كتاب الوصايا - باب ما جاء في الصدقة على الميت (٢٨٨٠) ، والترمذي : (٦٦٠/٣) (١٣) كتاب الأحكام (٣٦) باب في الوقف (١٣٧٦) ، والنسائي : (٢٥١/٦) (٣٠) كتاب الوصايا (٨) باب فضل الصدقة على الميت (٣٦٥١) .

(٦) قوله : « عليه السلام » زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) ورد الحديث في كتب السنة بألفاظ متقاربة على أن السائل هو سعد بن عبادة - رضي الله عنه - انظر : صحيح البخاري : (٤٥٧/٥) (٥٥) كتاب الوصايا (١٩) باب ما يستحب لمن توفى فجأة أن يتصدقوا عنه ، وقضاء النذور عن الميت (٢٧٦٠ ، ٢٧٦١) ، وأطرافه : (٦٦٩٨ ، ٦٩٥٩) ، ومسلم : (٣/ =

وقد [1] قال بعض الأصحاب : إنه يُرْجَى أن يناله بركتُه ، ولكن لا يلتحق بصدقاته التي أدَّاها .

أما إذا أعتق عنه ، لا يقع عنه ويكون الولاءُ للمعتق ، سواء كان المعتقُ وارثًا أو لم يكن ؛ لأن إلحاقَ الولاءِ قهرًا لا وجه له .

أما الديونُ اللازمة : إذا قُضِيَتْ وَقَعَتْ [2] عنه وإن قضاها الأجنبيُّ .

قال رسول الله ﷺ لعليّ [رضي الله عنه] [3] لما قضى دينَ ميتٍ : « الآن بَرَّدْتَ جلدتَه على [4] النار » [5] .

أما الكفارات : فإن أخرجها الوارثُ عنه ولم يكن أوصى به وقعت [6] موقعَها ،

= ١٢٥٤) (٢٥) كتاب الوصية (٢) باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت (١٠٠٤) وأيضًا (٦٩٦/٢) ، وأبو داود : (١١٧/٣) كتاب الوصايا - باب فيمن مات من غير وصية يتصدق بها (٢٨٨٢) ، والنسائي : (٦/ ٢٥٠) (٣٠) كتاب الوصايا (٧) إذا مات الفجأة هل يُستحب لأهله أن يتصدقوا عنه ؟ (٣٦٤٩ ، ٣٦٥٠) .

(١) كلمة : « قد » ليست في (أ) .

(٢) في (أ) : « وقع » .

(٣) ما بين المعقوفتين زيادة من (أ) ، (ب) .

(٤) في (أ) : « عن » .

(٥) هذا الحديث جاء بألفاظ وروايات مختلفة . كما اختلف في أن الذى قضى الدين هو أبو قتادة الأنصاري وليس علي بن أبي طالب . انظر ذلك في : صحيح البخاري : (٥٥٤/٤) (٣٩) كتاب الكفالة (٣) باب من تكفل عن ميت دينًا فليس له أن يرجع (٢٢٩٥) ، وأبو داود : (٢٤٤/٣) كتاب البيوع - باب في التشديد في الدين (٣٣٤٣) ، والنسائي : (٦٥/٤) (٢١) كتاب الجنائز (٦٧) باب الصلاة على من عليه دين (١٩٦٠ ، ١٩٦١ ، ١٩٦٢) ، وأخرجه أحمد في مسنده : (٣٣٠/٣) بتمامه ولفظه : « الآن بردت عليه جلده » . وكل هؤلاء قالوا : إنه أبو قتادة . وأخرج الدارقطني أحاديث على أنه عليٌّ بن أبي طالب ، انظر سنن الدارقطني : (٧٨/٣ ، ٧٩) . وانظر السنن الكبرى للبيهقي : (٧٢/٦ ، ٧٣) . وراجع التلخيص الحبير : (٤٧/٣ ، ٤٨) حديث رقم : (١٢٥٢) ، (١٢٥٣) .

(٦) في (ب) : « وقع » .

وإن أخرجها أجنبيٌّ فوجهان :

أحدهما : لا ؛ إذ لا خلافةَ له ، وهذه عبادةٌ فلابُدَّ من نيته أو نية من هو خليفتُه شرعًا .

والثاني : نعم ؛ لأنه دينٌ لازمٌ غَلَب فيه معنى الديون ، ولذلك يستقل به أحدُ الورثة وإن لم يستقل بجملة الخلافة .

أما العتقُ في كفارةِ اليمين حيث لا يتعينُّ ، ففي إخراج الوارث وجهان .

وفي إخراج الأجنبي وجهان [مرتبان] [1] ، وأَوْلى بأن لا يقع عنه [2] ؛ لأنه يضاهي التبرعَ من وجه ، وقد ذكرنا مَنْعَ التبرع عن الميت بالإعتاق .

ولو أوصى بالعتق والكفارةُ مخيرةٌ ، ولم يَفِ الثلثُ بالزيادة لا يَنْفُذُ ، لأنه مُسْتَغْنَى عنه فكان متبرعًا .

أما الصوم : فلا يقع عنه ؛ لأنه عبادةٌ بدنيةٌ كالصلاة .

وقال الشافعي - رضي الله عنه - [3] في القديم : يصوم عنه وليُّه .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) قوله : « عنه » ليس في (أ) ، (ب) .

(٣) قوله : « رضي الله عنه » ليس في (أ) .

الفصل الثالث

في فروع متفرقة

الأول : المريضُ إذا مَلَك قريبَه في مرض الموت . نُظِر :

فإن ملك بالإرث : عَتَق عليه من رأس المال ، وإن ملك بالشراء عتق عليه من الثلث ، فإن كان عليه دينٌ مستغرِقٌ لم يعتق أصلًا .

وإن ملك بوصية أو اتِّهابٍ ، فوجهان :

أحدهما : من رأس المال ؛ لأنه حصل مجانًا كالإرث ، فكأنه لم يحصل .

والثاني : من الثلث ، لأنه حصل بالاختيار [(١)] .

التفريع [(٢)] **:**

لو اشترى ابنَه الذي يساوي ألفًا بخمسمائة :

---

(١) قال في الروضة : « إذا ملك في مرض موته من يعتق عليه ، فإن ملكه بالإرث فهل يعتق من الثلث ، أم من رأس المال ؟ وجهان : رجح البغوي والمتولي كونه من الثلث . والأصح : كونه من رأس المال ، وبه قطع الأستاذ أبو منصور . وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره : ما يقتضي الجزم به ؛ لأنه لم يقصد تملكه ولا تضرر به الورثة .

وإن ملكه بالهبة أو الوصية ، فإن قلنا في الموروث : يعتق من الثلث ، فهنا أولى ؛ لأنه مختار ، وإلا فوجهان : أصحهما : من رأس المال ، وبه قطع ابن الحداد وأبو منصور ؛ لأنه لم يبذل مالًا ، وزوال الملك حصل بغير رضاه . فإن قلنا : من رأس المال عتق وإن لم يكن له مال سواه . وكذا لو كان عليه دين مستغرق ، وكذا المفلس المحجور عليه إذا قبله ولا سبيل للغرماء عليه . وإن قلنا : يعتق من الثلث ، فلم يكن مال سواه ، عتق ثلثه فقط . وإن كان عليه دين لم يعتق ، وبيع في الدين ، وكذا في المحجور عليه بالفلس » . روضة الطالبين : (٦/٢٠٣ ، ٢٠٤) .

(٢) في (أ) : « تفريع » .

فالقَدْرُ الذي يقابل المحاباةَ كالموهوب ؛ لأنه حصل مجانًا ، ومهما عتق من الثلث لم يرث ؛ إذ لو وَرِثَ لانقلب العتقُ له وصيةً لوارثٍ وبَطَل .

وإذا أعتق من رأس المال في صورة الإرث ورث ؛ لأنه وقع مستحِقًّا .

وقال الإصطخرى : لا يرث كما لو نُكِحَتْ بأقلَّ من مهر المثل ، فإنه يقال : إن المحاباةَ وصيةٌ للزوج الوارثُ إلا إذا كان الزوجُ رقيقًا أو مسلمًا .

وهذا الاستشهادُ غير صحيح ، بل تنفذ المحاباةُ بالبُضْعِ ، سواء كان الزوج وارثًا أولم يكن ؛ لأنه ليس بمال .

الثاني : لو قال : أعتقوا عبدي بعد موتى :

لم يفتقر إلى قبول العبد ؛ لأن حقَّ الله تعالى غالبٌ في العتق .

ولو قال : أوصيت لعبدي برقبته ، ففي الافتقار إلى قبوله وجهان [1] .

ولو أعتق ثلثَ عبدِه بعد موته وفي المال متسعٌ لم يَسْرِ العتقُ ؛ لأنه بعد الموت معسرٌ والمالُ لغيره .

وهذا لا يخلو عن احتمالٍ ولكن النقل ما ذكرتهُ [2] .

أما إذا أعتق جاريتَه بعد موته وهي حامل سَرَى إلى الجنين ؛ لأنه في حكم عضوٍ لا ينفصل .

---

(١) قال في الروضة : « ولو قال : أوصيت له برقبته ، فهي وصية صحيحة ، ومقصودها الإعتاق ، ويُشْترط قبولُه على الأصح لاقتضاء الصيغة ذلك ، كقوله لعبده : ملَّكتك نفسك ، أو وهبت لك نفسك ، فإنه يشترط فيه القبول في المجلس » . روضة الطالبين : (٢٠٥/٦) .

(٢) قال في الروضة : « قال : إذا مِتُّ فأعتقوا ثلث عبدي ، أو قال : ثلث عبدي حر إذا مت : لم يعتق إذا مات إلا ثلثه ، ولا يسري ؛ لأنه ليس بمالك للباقي في حال العتق ، ولا موسر بقيمته . بخلاف ما لو أعتق المريض بعض عبده ، فإنه يسري إذا وفى به الثلث ؛ لأنه مالك للباقي » . روضة الطالبين : (٢٠٥/٦) .

ولو استثنى وقال : أنتِ حرة [١] إلا جنينَك ، ففي صحة الاستثناء وجهان [٢] ، وخُرِّجَ وجه من صحة الاستثناء : أنه إذا أطلق لا يسري ؛ لأنه تصوَّرَ الانفصالَ ، وعتقُ الميت لا يَسْرِي .

الثالث : أوصى بعبدٍ لرجلينْ : يعتق على أحدهما بالقرابة .

فإن قَبِلَاه [٣] معًا عتق على القريب وغرم للثاني نصيبَه إن كان موسرًا وسَرَى .

وإن قَبِلَ القريبُ أولًا سَرَى ، ثم يغرم للوارث إن ردَّ الأجنبي ، ويغرم للأجنبي إن قَبِلَ الأجنبي .

وإن قبله الأجنبيُّ أولًا وأعتقه ، فإن لم يقبل القريبُ استمر عتقُه .

وإن قبل فإن قلنا : ملكُ الموصى له يحصل بموت الموصي ، فقد بان أنه كان قد عَتَق وسرى ، وعتقُ الأجنبي صادَقَ حُرًّا فيغرم القريبُ للأجنبي .

وإن قلنا : يحصل بالقبول ، فقد عتق الكلُّ على الأجنبي فيغرم الأجنبيُّ للقريب .

الرابع : أوصى له بثلث دارٍ فاستحق ثلثها ، فوجهان :

أحدهما : يُسَلَّم له كلُّ ثلثِه ؛ ميلًا إلى تصحيح الوصية .

والثاني - وهو اختيارُ ابن سريج - : أنه يصح في ثلث ذلك الثلث ؛ لأن أصلَ الوصية شاع في الأثلاث الثلاثة [٤] .

---

(١) في الأصل ، (ب) : « حر » ، وهو خطأ ، والمثبت من (أ) .

(٢) والأصح : لا يصح الاستثناء . انظر الروضة : (٢٠٧/٦) .

(٣) في (أ) : « قبلا » .

(٤) قال في الروضة : « أوصى بثلث عبد معين ، أو دارٍ ، أو غيرها ، فاستحق ثلثاه ، نظر ، إن لم يملك شيئًا آخر فللموصى له ثلث الثلث الباقي . وإن ملك غيره ، واحتمل ثلث ماله الثلث الباقي ، فطريقان : =

الخامس : إذا منعنا / نَقْلَ الصدقات ، ففي نقل ما أوصى للمساكين إلى بلدة ١٤٠/ب أخرى وجهان [1] .

ووجه الفرق : أن الزكواتِ دارةٌ متكررةٌ تمتد إليها أطماعُ الحاضرين بخلاف الوصايا .

* * *

= أصحهما : على قولين ، أظهرهما : يستحق الثلث الباقي . والثاني : ثلث الثلث .

والطريق الثاني : ثلث الثلث قطعًا .

ثم عن ابن سريج : أن هذا فيما إذا قال : أوصيت له بثلث هذا العبد . فأما إذا قال : أعطوه ثلثه ، فيدفع إليه الثلث الباقي قطعًا . ولو قال : أوصيت له بشاة من هذه الثلاث ، أو بأحد أثلاث هذا العبد ، أو بثلث هذه الدار ، فاستحق الثلثان ، أو اشترى من زيد ثلثها ومن عمرو ثلثيها ، وأوصى بما اشتراه من زيد ، فاستحق ما اشتراه من عمرو : نفذت الوصية في الثلث الباقي في هذه الصور قطعًا » . روضة الطالبين : (٦/ ٢٠٧) .

(١) قال في الروضة : « ما أوصى به للمساكين ، هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المال ؟ فيه طريقان :

أصحهما – وبه قال الأكثرون – : على قولين ، كالزكاة . والثاني : الجواز قطعًا .

فإن منعنا فلم يكن في البلد مسكين ، فهل ينقل كالزكاة ، أم تبطل الوصية ؟ وجهان . قلت : أصحهما : النقل » . روضة الطالبين : (٦/٢٠٨) .

القسم الثالث من الباب
في الأحكام الحسابية

وفيه مسائل :

الأولى : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد ، صُرِفَ إلى الموصى له النصفُ ؛ حتى يكونا متماثلين .

وإن كان له ابنان فأوصى بمثل نصيب أحدهما ، صُرِفَ إليه الثلث ، وإن كانوا ثلاثةً فالربع [1] .

وبالجملة تراعى المماثلةُ عندنا بعد القسمة .

وقال مالك - رحمه الله - : هو وصيةٌ بحصة الابن قبل القسمة ، فإن كانوا اثنَيْنْ فهو وصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فهو وصية بالثلث .

وهو ضعيف ؛ لأن ما ذكرناه محتملٌ ، وهو الأقل فيؤخذ به .

ولو أوصى بنصيب ولده ، كان كما لو أوصى بمثل نصيب ولده .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : هو باطلٌ ؛ لأنه وصيةٌ بالمستحق .

وهو ضعيف ؛ لأنه إذا قال : بِعْتُ بما باع به فلانٌ فَرَسَه صح ، وكان معناه بمثله .

ولو كان له ابنان فقال : أوصيت لك بمثل نصيبِ ابنٍ ثالث لو كان :

---

(١) قال في الروضة : « وضابطه : أن تصحح فريضة الميراث ، ويُزاد عليها مثل نصيب الموصى له بمثل نصيبه ، حتى لو كان له بنت ، وأوصى بمثل نصيبها ، فالوصية بالثلث ؛ لأن المسألة من اثنين لو لم تكن وصية ، فتزيد على الاثنين سهمًا ، وتعطيه سهمًا من ثلاثة أسهم . ولو كان بنتان ، فأوصى بمثل نصيب أحدهما ، فالوصية بالربع ؛ لأن المسألة من ثلاثة لولا الوصية ، لكل واحد سهم ، فتزيد للموصى له سهمًا ، فتبلغ أربعة » . روضة الطالبين : (٢٠٨/٦ ، ٢٠٩) .

لا يعطى إلا الربع ، وكأنَّ ذلك الابنَ المقدَّرَ كائنٌ .

وفيه وجه : أنه يُعْطَى الثلثَ ، وكأنه قدَّره مكانه .

الثانية : إذا أوصى بضعف نصيب أحد ولديه ، أُعْطِي مثلَه مرتين .

فلو كان له ابنان ، قُسِّم المالُ من أربعةٍ لكلِّ ابن واحدٌ ، وله سهمان .

ولو أوصى بضعفيه ، أُعْطِيَ مثلَه ثلاث مرات .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : أُعْطِيَ مثلَه أربعَ مرات .

والحاصل [١] : أنا نُضَعِّفُ الزيادةَ دون المزيد عليه ، فإذا كان الضِّعْفُ : أن يُزَاد على سهمه مثلُه ، كان الضعفان : أن يُزَاد عليه مِثْلَاه . وهو محتمل ، وهو الأقل فينزل عليه .

الثالثة : إذا أوصى بمثل نصيبِ أحد ورثته ، أُعْطِيَ مثلَ أقلِّهم نصيبًا بعد العَوْلِ إن كانت المسألةُ عائلة [٢] .

الرابعة : إذا أوصى بحَظٍّ أو سهم أو قليلٍ أو كثير ، جاز التنزيلُ على أقلِّ ما يُتَموَّلُ والرجوعُ به إلى الموصي [٣] .

---

(١) في (ب) : « فالحاصل » .

(٢) قال في الروضة : « أوصى لزيد بمثل نصيب أحد ورثته ، أعطي مثل أقلهم نصيبًا . وطريقه : أن تصحح المسألة بلا وصية ، وتزيد عليها مثل سهم أقلِّهم ، ثم تقسم . فإذا كان ابن وبنت فالوصية بالربع ، أو زوج وأم وأختان فبالتسع ؛ لأن نصيب الأم واحدٌ من ثمانية ، فتضمه إليها تصير تسعة ... وإن أوصى بمثل نصيب أكثرهم نصيبًا ، فطريقه : أن تصححها بلا وصية ، وتضم إليها مثل نصيب ذلك . فإن كان ابن وبنت ، فله خمسان » . روضة الطالبين : (٦/٢١١) .

(٣) قال في الروضة : « أوصى بنصيب من ماله ، أو جزء ، أو حظ أو قسط أو شيء أو قليل أو كثير أو سهم ، يرجع في تفسيره إلى الورثة ، ويُقبل تفسيرهم بأقل ما يتمول ؛ لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير » . روضة الطالبين : (٦/٢١٢) .

فقال أبو حنيفة - رحمه الله - : ينزل السهمُ على السدس . وهو تحكم .

وكذلك إذا أوصى بالثلث للأشياء [(١)] جاز التنزيلُ على أقل ما يُتموَّل .

وقال الأستاذ أبو منصور : ينزل على النصف وزيادةٍ ؛ إذ الاستثناءُ ينبغي أن يَنْقُصَ عن النصف .

وهو خلافُ نصِّ الشافعي - رضي الله عنه - في الإقرار إذا قال : لفلان عليَّ عشرةٌ إلا شيئًا .

الخامسة : إذا أوصى بثلثِ ماله ومات عن ابنين وبنتين .

فلتصحيح المسألة بالحساب طريقان :

أحدهما : أن [(٢)] تُصَحَّحَ مسألةُ الوصية ويُنْظَر [(٣)] إلى ما بقي بعد إخراج سهمِ الوصية ، فإن انقسم على الورثة فقد صحَّت المسألتان . وإن لم ينقسم ولم يوافق ضَرَبْتَ مسألةَ الورثة في مسألة الوصية ، ومنها تصح .

[(٤)] وإن وافق ضَرَبْتَ [(٤)] جزءَ الوفق من مسألة الورثة في مسألة الوصية ، ومنها تصح .

بيانه في مسألتنا :

أن مسألة الوصية من ثلاثة أسهم ، سهم للموصى له ، بقي سهمان [و] [(٥)] لا

---

(١) في (أ) ، (ب) : « الأشياء » .

(٢) كلمة : « أن » ليست في (ب) .

(٣) في (ب) : « ننظر » .

(٤) في (أ) : « فإن وافقت ضربت » ، وفي (ب) : « فإن وافقت ضرب » .

(٥) زيادة من (أ) .

ينقسم على ستة ، إذ مسألةُ الفريضة من ستة ، ولكن توافق [1] بالنصف فيضرب نصفُ الستة في الثلاثة ، فتصير [2] تسعةً وقد صحت المسألتان .

الطريقة الثانية : أن تُصَحَّح مسألةُ الوصية ويُنْسَب جزءُ الوصية منها إلى ما يبقى منها بعد إخراج الجزء ، وتزيد مثلُ نسبته على مسألة الورثة .

بيانه : أن مسألةَ الوصية من ثلاثةٍ فيما فرضناه والجزء الموصى به الثلثُ ، وهو سهمٌ ، ونسبتُه إلى الباقي أنه مثلُ نصفه ، فيزيد على مسألة الورثة مثل نصفها ، وهي من ستة ونصفُها ثلاثةٌ ، فتصير [3] تسعةً ، [4] وتصح المسألتان [4] .

السادسة : إذا أوصى بما يزيد على الثلث وردت الوصايا ، قُسّمَ الثلثُ بين أصحاب الوصية على نسبة تفاوتهم حالةَ الإجارة .

فلو أوصى لإنسان بالنصف ولآخر بالثلث ، فالمسألة من ستةٍ : لصاحب النصف ثلاثةٌ ، ولصاحب الثلث سهمان ، ومجموع مالهما خمسة ، والتفاوتُ بينهما بالأخماس : فإذا أردت قسمة [5] الثلث على نسبة الأخماس فاطْلُبْ [6] مالًا لثلثه خمسٌ ، وذلك [7] بأن تضرب ثلاثةً في خمسةٍ فتصير [7] خمسة عشر .

فالثلثُ خمسةٌ [8] يُعْطَى صاحب النصف منها ثلاثةٌ ، وصاحب الثلث سهمان [8] ؛ ليحصل التفاوت .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يختص بالردِّ السدس الزائد على الثلث من

(١) في (ب) : « يوافق » .

(٢) ، (٣) في (أ) ، (ب) : « فيصير » .

(٤) في (أ) : « ومنه تصح المسألة » .

(٥) في (ب) : « قسم » .

(٦) في (ب) : « وطلب » وهو خطأ .

(٧) في (ب) : « بضَرْبِ خمسةٍ في ثلاثة فيصير » .

(٨) في (أ) ، (ب) : « يُعْطَى صاحبُ النصف منها ثلاثةٌ ، وصاحبُ الثلث سهمين » .

نصيب صاحب النصف ، ويبقى التساوي بينهما في الثلث .

أما إذا أجيز [١] بعضُ الوصايا ورُدَّ البعضُ فطريق تصحيحه [ما] [٢] ذكرناه في المذهب البسيط مع الحساب في الوصية بجزء من المال بعد إخراج نصيبِ أحد الأولاد .

والحسابُ في الاستثناء على أكمل وجه فليراجعه مَنْ رغب فيه ، فإن هذا الكتابَ لا يَحْتمل استقصاءَه .

* * *

(١) في (أ) : « أجاز » .

(٢) زيادة من (أ) .

الباب الثالث

في الرجوع عن الوصية

وهو جائزٌ ؛ لأنه عقدُ تبرُّعٍ ولا قَبْضَ فيه ، فإذا لم تلزمه الهبةُ قبل القبض فهذا قبل الموت ، والقبضُ أولى .

والرجوع بأربعة أسباب :

السبب الأول : صريح الرجوع :

كقوله : نقضت ، وفسخت ، وما يضاهيه .

ومن الصريح قوله : هذا لورثتي ، أو هو ميراثٌ عنّي / ، أو حرامٌ على الموصى له . ١٤١/أ

ولو قال : هو تركتي ، فالأصح : أنه ليس برجوع ؛ لأن الوصيةَ من التركة أيضًا .

السبب الثاني : التصرفات المتضمنة للرجوع :

كالبيع والهبة مع القبض ، والعتق ، والكتابة ، والتدبير ؛ فإنَّ من ضرورة تنفيذِها الرجوعَ عن الوصية .

فرعان :

أحدهما : إذا أوصى لزيد ثم أوصى لعمرو بعينِ ذلك الشيء :

لم يكن ذلك رجوعًا ، بل احْتَمل التشريكَ ، فيُنَزَّل عليه ؛ أخذًا بالأقل ، واستصحابًا لما سبق ، فهو كما لو قال : أوصيت لهما على الجمع .

ولو قال : ما أوصيْتُ به لزيدٍ فقد أوصيْتُ به لعمرٍو ، فهذا رجوعٌ في ظاهر المذهب[1] .

---

(١) قال في الروضة : « قال : الذي أوصيت به لزيد ، وقد أوصيت به لعمرو . أو قال : لعمرو : أوصيت لك بالعبد الذي أوصيت به لزيد ، فهو رجوع على الصحيح ؛ لإشعاره به . وقيل : ليس برجوع =

ولو أوصى بأن يُكَاتَبَ أو يُعْتَقَ أو يُباع بعد موته فهو رجوعٌ ؛ لأنه ليس من جنس الأول حتى يُحْمَلَ على التشريك ، ولذلك لا ينتظم الجمعُ بينهما في صيغة التشريك بأن يقول : أوصيت به وأعتقته .

الثاني : إذا أوصى بثلثِ مالهِ ثم باع جميعَ ماله :

لم يكن رجوعًا ؛ لأن الثلثَ المطلقَ لا ينحصر في الأعيان والبيعُ يتناول العينَ ، ولذلك لو هلك جميعُ ما مَلَكَ حالَ الوصية وتجدَّدَ من بعده شيءٌ ، استحقه الموصى له .

السبب الثالث : مُقَدِّمَاتُ الأمور المنذرة بالرجوع :

كالعرض على البيع والرهن قبل القبض والقبول ، والهبة قبل القبض والقبول .

الظاهر : أنه رجوعٌ ؛ لدلالته على قصد الرجوع .

وفيه وجه : أنه ما لم يَتِمَّ لا يَتِمُّ الرجوعُ .

أما إذا زوَّج العبدَ الموصى به ، أو الأمةَ الموصى بها ، أو أحدهما ، أو علَّمهما صنعةً أو خَتَنَهما : لم يكن ذلك رجوعًا .

فرعان :

أحدهما : أنه إذا وَطِئَ وعَزَلَ : لم يكن رجوعًا وإن أَنْزَلَ .

قال ابن الحداد : هو رجوع ؛ لأن التَّسَرِّي يناقِضُ قصدَ الوصية .

ولو حلف أن [1] لا يتسرَّى لا يحنث إلا بالإنزال . فلو وطئ وعزل لم يحنث .

ومنهم من قال : ما لم يحصل العُلُوقُ لا يَتِمُّ الرجوعُ ، فهو كالعرض على البيع ونظائره .

= كالصورة السابقة . والفرق على الصحيح : أن هناك يجوز أنه نسي الوصية الأولى ، فاستصحبناها بقدر الإمكان ، وهنا بخلافه » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٦) .

(١) كلمة : « أن » ليست في (أ) .

الثاني : أوصى له [1] بمنفعةِ دارِه سنة [2] ، ثم أجَّرها سنة وانقضت مدةُ الإجارة قبل موته : صرف إليه سنة .

فإن [3] مات وصارت السنةُ الأولى مستغرَقَةً بالإجارة ، فوجهان :

أحدهما : أنه لا حقَّ للموصى له ؛ لأنه أوصى له بالسنة الأولى وقد استوفاها المستأجر .

والثاني : أنه يسلم إليه ؛ لأن السنةَ الأولى لم تُشْتَرط للموصى له ، وإنما تُعَيَّنُ [4] بحكم البِدارِ إلى التوفية ، فإذا منع مانعٌ من البِدَار (٥ تُسَلَّمُ إليه بعده ٥) [6] .

السبب الرابع : التصرفات المبطلة اسمَ الموصى به :

كما لو أوصى بقطن فغَزَله ، أو بغزل فنسجه ، أو بحنطة فطحنها ، أو دقيقٍ فعجنه ، أو عجين فخبزه : فالكلُّ رجوعٌ ؛ لدلالة قصده وزوالِ الاسم .

---

(١) قوله : « له » ليس في (ب) .

(٢) كلمة : « سنة » ليست في (أ) .

(٣) في (أ) : « وإن » .

(٤) في (أ) : « تعينت » .

(٥) في (أ) : « يسلم بعده » ، وفي (ب) : « سلم بعده » .

(٦) قال في الروضة : « أوصى بمنفعة عبدٍ أو دار سنة ، ثم أجرّ الموصى به سنة – مثلًا – فإن مات بعد انقضاء مدة الإجارة فالوصية بحالها . وإن مات قبله ، فوجهان :

أصحهما : أنه إن انقضت مدة الإجارة قبل سنة من يوم الموت ، كانت المنفعة بقية السنة للموصى له ، وتبطل الوصية فيما مضى . وإن انقضت بعد سنة من يوم الموت بطلت الوصية ؛ لأن المستحق للموصى له منفعة السنة الأولى ، فإذا انصرفت إلى جهة بطلت الوصية .

والثاني : أنه يستأنف للموصى له سنة من يوم انقضاء الإجارة ، فإن كان الموصي قيَّد وصيته بالسنة الأولى وجب أنه لا يجيء الخلاف .

ولو لم يسلم الوارث حتى انقضت سنة بلا عذر ، فمقتضى الوجه الأول : أنه يغرم قيمة المنفعة ، ومقتضى الثاني : تسليم سنة أخرى .

فروع :

الأول : إذا أوصى بخُبْزٍ فجعله فتيتًا ، أو بلحم فقَدَّره ، أو برُطَبٍ فجفَّفه ، أو بثوب فقطع منه قميصًا ، أو بخشب فاتَّخذ منه بابًا .

ففي الكل وجهان ، ووجهُ بقاءِ الوصية : أن [1] الاسمَ الأولَ يجوز إطلاقه بوجه ما [2] .

الثاني : إذا أوصى بدارٍ فهدمها :

إن لم يَبْقَ اسمُ الدارِ فهو رجوع .

وإن انهدمت [3] ولم يَبْقَ اسمُ الدارِ فوجهان ، ووجه البقاء : أنه لم يُوجَدْ مِن جهتِه قصدُ الرجوع وما يَدُلُّ عليه [4] .

---

(١) في (أ) : « لأن » .

(٢) قال في الروضة : « ولو أوصى بخبز فجعله فتيتًا ، فرجوع على الأصح كما لو رثده . ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قدره ، ولو طبخه أو شواه فرجوع قطعًا . ولو أوصى برطب فتمَّره ، فوجهان ، الأشبه : أنه ليس برجوع ، وكذا تقديد اللحم إذ تعرض للفساد » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٧) .

وجاء في الروضة أيضًا : « أوصى بثوب فقطعه قميصًا ، أو صبغه ، فرجوع على الأصح ، وغسله ليس برجوع . ولو قصره وقلنا : القِصارة أثر ، فكالغسل . وإن قلنا : عين ، فكالصبغ . ولو أوصى بثوب مقطوع فخاطه فليس برجوع . واتخاذ الباب من الخشب الموصى به كاتخاذ القميص من الثوب » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٨) .

(٣) في (ب) : « انهدم » .

(٤) قال في الروضة : « أوصى بدارٍ فهدمها حتى بطل اسمُ الدار فهو رجوع في الأخشاب والنُّقض ، وكذا في العرصة على الأصح . ولو انهدمت بطلت الوصية في النقض على الصحيح ؛ لزوال اسم الدار ، وتبقى في العرصة على الصحيح ؛ لأنه لم يُوجد منه فعل ، وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار بقيت الوصية فيما بقي بحاله ، وفي المنفصل وجهان » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٨) .

وقياس هذا : أنه لو طُحِنت الحنطةُ وغُزِلَ القطنُ بغير إذنه لا تنفسخ [1] الوصيةُ . وحيث لا تنفسخ [2] ففي بقاء الحقِّ في النقص خلافٌ ذكرناه .

الثالث : لو بنى أو غَرَسَ في العَرْصَة الموصى بها ، فثلاثة أوجه :

أحدها : أنه رجوعٌ [3] لأن البناءَ غيرُ داخلٍ في الوصية ، وهو للتخليد .

والثاني : لا ؛ فإنه انتفاعٌ مُجَرَّد .

والثالث : أنه رجوع عن المغرسِ وأسِّ الجدار ، حتى لو تَجَنَّى لم يَرْجِعْ أيضًا إلى الموصى له ، وليس رجوعًا عما عداه .

والرابع : إذا أوصى بصاعِ حنطةٍ وخَلَطَه بغيره ، فرَجْع [4] إذا تعذَّر به التسليمُ .

وإن أوصى بصاعٍ من صُبْرَةٍ وخَلَطَه بمثله فليس برجوع ؛ لأن الغَرَضَ لا يختلف .

وإن خَلَط بالأجود [5] فرجوعٌ ؛ لأنه حَدَثَ زيادة لم يتناولها الاستحقاقُ .

وإن خلط بالأَرْدَأ ، فوجهان : أحدهما : أنه رجوعٌ ، كالأجود .

والثاني : لا [6] ؛ فإنه تعييبٌ فيُنَزَّل منزلةَ تعيُّبِ الموصى به .

الخامس : [لو] [7] نقل الموصى به إلى موضعٍ بعيدٍ عن الموصى له ، ففيه

---

(١) ، (٢) في (ب) : « ينفسخ » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٦ / ٣١٠) .

(٤) في (أ) : « فرجوع » .

(٥) في (ب) : « بالأردأ » ، وهو خطأ .

(٦) هذا الوجه هو الأصح ، كما في الروضة : (٦ / ٣٠٩) .

(٧) زيادة من (أ) ، (ب) .

وجهان [١] .

السادس : لو أوصى بقطنٍ ثم حشى به فِرَشَه ، ففي كونه رجوعًا وجهان [٢] .

ووجه التردد في هذه المسائل لا يخفى مأخذُها ، والله أعلم .

* * *

(١) الأصح أنه ليس برجوع . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٨) .

(٢) الأصح أنه رجوع . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٠٧) .

الباب الرابع
في الأوصياء
والنظر في أركان الوصاية وأحكامها

النظر الأول
في الأركان

وهي أربعة :

الركن الأول
الوصي

وله ستة شرائط :

الأول : التكليف :

فلا يصح الوصايةُ إلى مجنونٍ وصبيٍّ ؛ فإنهما محتاجان إلى الوصي يُفَوَّض إليهما .

الثاني : الحرية .

فلا يُفَوَّض إلى عبدٍ ؛ لأنها ولايةٌ ، والرِّقُّ ينافيها ، ولأنها تستدعي فراغًا للاهتمام بها [1] ، والعبدُ مشغول .

والمكاتبُ ومَنْ نصفُه حُرٌّ ونصفه رقيقٌ في حكم القِنِّ .

وقال مالك - رحمه الله - : يفوض إلى العبد .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : إذا خَلَف أولادًا كلهم صغارٌ ففوض إلى عَبْدِ نفسِه جاز .

---

(١) قوله : « بها » ليس في (أ) .

فرع :

إذا أوصى إلى مستولدته أو مُدَبَّره ، ففيه / ثلاثة أوجه ، منشؤها : أن النظرَ إلى مراعاة الشرط حالَ العقد أو حالَ الموت ؟ ١٤١/ب

وفي الوجه الثالث : يُرَاعَى الأحوالُ من العقد إلى الموت ، حتى لو تخلَّل خَلَلٌ بين العقد والموت فسد أيضًا .

والأقيس - وهو اختيار ابن سريج - : الصحة ؛ نظرًا إلى حال الموت .

الشرط [١] الثالث : العدالة :

فلا يُفَوَّضُ إلى فاسقٍ ؛ لأنه تصرُّفٌ على الطفل ، فيتقيد بشرط الغِبْطة ، ولا غبطةَ في الفُسَّاق .

فرع :

لو طرأ الفسقُ انعزل ، فإن [٢] عاد أمينًا لم يَعُدْ وصيًّا .

وكذا القاضي ينعزل على الأظهر ، ثم لا يعود قاضيًا بالتوبة .

والأب ينعزل ، ولكن يعود وليًّا بالتوبة ؛ فإن الأبوةَ قائمة .

وفي رجوع ولاية القاضي والوصيِّ بالإفاقة بعد الجنون وجهان [٣] .

والإمام لا ينعزل بالفسق على الأصح ؛ للمصلحة ، ولكن إن أمكن الاستبدالُ به من غير فتنة فَعَلَه أهلُ الحَلِّ والعَقْد .

الرابع : الإسلام :

فلا يُفَوَّض إلى كافر ؛ إذ لا ولايةَ لكافر على مسلم .

---

(١) كلمة : « الشرط » ليست في (أ) ، (ب) . (٢) في (أ) : « فلو » .

(٣) الأصح أنهما لا يرجعان . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣١٣) .

ولو أوصى كافرٌ إلى كافر في ولده الكافر صحَّ إن كان عدلًا في [1] دينه ، بناءً على الأظهر في أن وليَّ الكافرةِ في النكاح كافرٌ .

الخامس : الكفاية والهداية للتصرف .

فلا غبطة في التفويض إلى العاجز عن التصرف .

فرع :

لو ضَعُفَ نظرُه وعجز عن حفظ الحساب بعد أن كان قادرًا : يَنْصِبُ القاضي معه مَنْ يحفظ الحسابَ ولا ينعزل به ، بخلاف الفسق فإنه يُفَوِّتُ أصلَ الغرض ، وبخلاف ما لو نصب الحاكمُ قَيِّمًا فضَعُفَ نظرُه في الحساب فإن القاضي يعزله ؛ لأنه مُوَلًّى من جهته ، والإبدالُ أصلح ، والوصيُّ منصوبُ الأب فيُحْفَظُ ما أمكن .

السادس : البصر :

وفي تفويضها إلى الأعمى وجهان ، ومنشؤه التردد : في أنه هل يخالف الغبطةَ أم لا ؟

فرع :

يجوز التفويضُ إلى النساء ، والأمُّ أَوْلَى من يُنَصَّبُ قَيِّمًا .

وإن لم يُوصِ إليها الأبُ فلا ولاية لها .

وقال الإصطخرى : هي وليَّةٌ في المال مقدَّمَةٌ على وصيِّ الأب ؛ لأنها أحد الأصلين .

* * *

---

(١) كلمة : « في » ليست في (ب) .

الركن الثاني

المُوصِي

وهو كلُّ مَنْ له ولايةٌ على الأطفال لو بقي حَيًّا كالأب والجد .

فلا [1] يجوز للوصي الإيصاءُ لأنه لا ولايةَ له ، وإنما هو نائبٌ . خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله .

ولا يجوز نَصْبُ الوصيِّ على الأولاد البالغين ؛ إذ لا ولايةَ عليهم .

نعم ، له نَصْبُ وصيٍّ لقضاءِ ديونه وتنفيذ وصاياه .

ولا يجوز للأب نَصْبُ الوصي في حياة الجدِّ ؛ فإن الجدَّ بدلُ الأب شرعًا ، فهو أولى من نائبه لفظًا [2] .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : وصيُّ الأب أولى من الجد ، وهو وجهٌ لأصحابنا .

فروع :

الأول : إذا أوصى بثلاثة وخَلَف جَدًّا لأطفاله :

فليس للجد التصرفُ في الثلث ؛ لأنه ليس وصيًّا ولا قَيِّمًا ، وإنما التصرفُ فيه إلى القاضي يصرفه إلى مصارفه .

إذا أذن للموصي في الإيصاء عند موته إلى غيره ففيه قولان : أحدهما : لا يجوز ؛ لأن ولايته زائلة بعد موته فلا يؤثر إذنه وليس للموصي رتبة الإيصاء .

---

(1) في (ب) : « ولا » .

(2) قال في الروضة : « لا يجوز للأب نصب الوصي في حياة الجد على الصحيح ؛ لأن ولايته ثابتة شرعًا كولاية التزويج . هذا في أمر الأطفال ، فأما في قضاء الديون والوصايا فله ذلك ؛ ويكون الوصي أولى من الجد » . روضة الطالبين : (٦ / ٣١٥) .

الثاني - وهو الأقيس - : الجواز ؛ لأن الشرعَ فوَّضَ للأطفال بعد الموت .

وكذلك لو قال : أنت وصيٌّ إلى أن يبلغ هذا الصبيُّ ، فإذا بلغ فهو الوصيُّ: صح ، وهو تفويضٌ بعد الموت .

وكذلك إذا أوصى إلى رجلين وقال : إن مات أحدُهما انفرد الآخر ، جاز .

أما إذا قال : إن أوصيتَ إلى شخصٍ فذلك الشخصُ وصيٌّ لي ، [١] وعيَّن شخصًا ، فقال : أَذِنْتُ لك في الإيصاء إليه : ففيه طريقان :

منهم من قطع بالجواز ، كما إذا علَّق ببلوغ الصبي .

ومنهم من خرَّج على القولين .

* * *

(١) في (أ) ، (ب) : « أو » .

الركن الثالث

الموصَى فيه

وهو التصرفاتُ الماليةُ المباحة التي يتولاها القاضي لولا الوصي .

فأما بناءُ البِيعَة ، وكِتْبَةُ التوراة ، وما هو معصية : فلا يصح الإيصاءُ فيه ، ولا يجوز الإيصاءُ فيه .

ولا يجوز الإيصاءُ في تزويج الأولاد ؛ إذ لا غبطةَ في أن يَعْقِدَ عليهم من لا يَتغيَّرُ بضررهم .

وقال مالك - رحمه اللّه - : يجوز الإيصاءُ في ذلك .

* * *

الركن الرابع

الصيغة

وهو أن يقول : أوصيتُ إليكَ ، وفوضتُّ إليك أمور أولادي ، وما يجري مجراه .

ولابد من القبول ، والأظهر : أنه بعد الموت ، أعْني : القبولِ .

فروع :

الأول : هل يكفي قولُه : أوصيت إليك في أمر أطفالى ، أم يُشْترط أن يقول معه : فوضت إليك التصرُّفَ في المال ؟ فيه وجهان :

منهم من قال : مطلقُ الإيصاء لا يقتضي إلا حفظَ المالِ ، فلابد من التصريح بالتصرف .

ومنهم من قال : العُرْف يُغْني عن التعرض له [1] .

الثاني : إذا اعْتَقَلَ لسانُه ، وقُرِئَ عليه الكتابُ ، فأشار برأسه : جاز ؛ لأنه عاجزٌ كالأخرس .

والثالث : لو أوصى إليه في جنسٍ من التصرف معينٍ لا يتعدَّى إلى غيره ، خلافًا لأبي حنيفة رحمه اللّه .

---

(١) قال في الروضة : « وإن اقتصر على قوله : أوصيت إليك ، أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي ، ولم يذكر التصرف ، فثلاثة أوجه :

أصحها : له التصرف والحفظ ؛ اعتمادًا على العرف .

والثاني : ليس له إلا الحفظ ؛ تنزيلًا على الأقل .

والثالث : لا تصح الوصاية حتى يبين ما فوضه إليه .

ولو اقتصر على قوله : أوصيت لك ، فباطلة قطعًا » . روضة الطالبين : (٦ / ٣١٦) .

الرابع : إذا أوصى إلى رجلين :

إن صرَّح بتسليطِ كلٍّ واحدٍ على الاستقلال ، أو بالمنع من الاستقلال : فهو كما لو [1] صرَّح .

وإن أطلق نُزِّلَ على [نفي] [2] الاستقلال ، وأن لا يتصرف واحدٌ دون إذن صاحبه ؛ تنزيلًا على الأقل .

نعم ، ما لا يُحْتاج فيه إلى الموصي - كالتمكين من أخْذِ المغصوب والوديعة وأعيان الحقوق - لا يُحْتاج فيه إليهما ؛ لأنه لا يحتاج أصلًا إلى الوصي ، بل للمستحق الأخذُ إذا ظَفَرَ به .

ويتفرع على [3] نصب / الوصيَّيْنِ صُوَرٌ : ١٤٢/أ

الأولى : إذا مات أحدُهما .

فإن كان قد أثبت لكلٍّ واحدٍ منهما استقلالًا [4] ، فيُكْتَفى بالثاني .

وإن لم يثبت إلا الشركةَ ، فللقاضي أن ينصب قَيِّمًا معه بدلًا عن الميت ؛ فإنه ما رضي الأبُ إلا برأي شخصين .

فلو جعل الثاني وصيًّا ونائبًا عن الموصى وحده ، ففي جوازه وجهان .

الثانية : لو أوصى إلى زيدٍ ثم أوصى إلى عمرو .

فإن لم يقبل عمرٌو انفرد زيدٌ بالتصرف .

وإن قَبِلَ كان هذا تشريكًا ولم يكن فسخًا للأول ، بل يُنَزَّل منزلةَ الوحيدين المتلاحقين .

---

(١) ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٤) في (ب) : « الاستقلال » .

وإن [١] أوصى إلى زيد ثم قال له : ضممت إليك عمرًا ، فإن قَبِلَ فهما شريكان .

وإن قَبِل زيدٌ دون عمرو : فزيدٌ مستقل به .

وإن قَبِلَ عمرٌو دون زيد فلا يستقل ؛ لأن لفظَ الضَمِّ لا يُبْتَنى إلا عن الشركة ، ورَدُّ زيدٍ كموته فيفتقر إلى بدلٍ عنه .

الثالثة : إذا اختلفا في تعيين من يُصْرَف إليه الوصيةُ من الفقراء والمساكين ، وشُلَّا : فالحاكم يتولَّى التعيين .

ولو اختلفا في حفظ المال ، فيطلب موضعًا مشتركًا يكون محفوظًا [٢] فيه عن جهتهما ، أو يتفقان على ثالث ، أو يُقَسَّم ما يقبل القسمة فينفرد كلٌّ واحدٍ بحفظ البعض ، وما لا يقبل القسمة يتولَّى القاضي حِفْظَه .

ومن الأصحاب من قال : الشافعي - رحمه اللّه - ذَكَرَ القسمةَ وأراد به ما إذا أثبت لكلِّ واحدٍ الاستقلال في الوِصَاية ، وإلا فكيف يتفرد بحفظ البعض وموجبُ الوصاية الاشتراكُ في الكل ؟

* * *

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في الأصل ، (أ) ، (ب) : « محفوظ » ، والصواب ما أثبتناه .

النظر الثاني
في أحكام الوصاية

وهي ستة :

الأول : أن يَقْضِيَ الديونَ اللازمةَ في مال الصبيِّ من أرْشِ الجناية والأعواض والكفارة عند القتل ، وينفق عليه بالمعروف .

فلو تنازعا بعد البلوغ في مقدار الحاجة في النفقة : فالقول قول الوصيِّ ؛ لأنه أمينٌ ، والإشهادُ على النفقة متعذِّرٌ في كل يوم .

وكذا إذا تنازعا في كون البيع موافقًا للغبطة : فالقول قول الوليِّ والوصي ؛ إذ الأصلُ عدم الخيانة [١] .

وإن تنازعا في دفع المال بعد البلوغ إليه فالظاهر : أن القول قولُ الصبي [٢] ؛ إذ الأصل عدمُ الردِّ ، والإشهادُ مأمورٌ به عليه في كتاب اللّه تعالى [٣] .

وكذلك [٤] (° إذا تنازعا °) في تاريخ موتِ الوالد ؛ إذ تكثر النفقةُ بطول المدة : فالبينة [٦] على الوصى ؛ إذا الأصلُ عدمُ الموت ، وإقامةُ البينة على الموت ممكنٌ .

---

(١) قال في الروضة : « ادعى أن الوصى خان في بيع ماله ، فباعه بلا حاجه ولا غبطة ، ففيه خلاف قدمناه في باب الحجر ، والمذهب : أن القول قول المدعي » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٠) .

(٢) قال في الروضة : « ادَّعى دفع المال إليه بعد البلوغ ، ولا يُقْبَل بغير بينة على الصحيح » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢١) .

(٣) قال تعالى : ﴿ وأَقِيمُوا الشهادةَ للّه ﴾ من الآية (٢) من سورة الطلاق .

(٤) في (أ) : « وكذا » .

(٥) في (ب) : « إن تنازعا » .

(٦) في (ب) : « والبينة » .

الحكم [1] **الثاني** : لا يُزَوِّج الوصيُّ الأطفالَ ، وقد ذكرناه .

الثالث : لا يتولَّى الوصيُّ طرفي العقد ، ولا [2] يبيع ماله [3] من نفسه ، بخلاف الأب فإنه جُوِّزَ له ذلك ؛ لقوة الأبوة .

نعم ؛ له أن يُوَكِّلَ في التصرفات الجزئية كما للأب ، وليس له الإيصاءُ بخلاف الأب .

الرابع : الوِصَاية عقدٌ جائز ، وللوصيِّ عَزْلُ نفسهِ ﴿ مهما شاء ﴾ [4] [5] .

﴿ قال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : ليس له عَزْلُ نفسه بعد موت الموصي ﴾ [6] .

الخامس : إذا لم يملك إلا عبدًا وأوصى بثلث ماله ، فليس للوصي إلا بيعُ ثُلُثِ العبد .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : له بيعُ الكلِّ ؛ فإن التشقيصَ ينقص من الثلث .

السادس : للوصي أن يَشْهَدَ على الأطفال ، وله أن يَشْهَدَ لهم بمالا يستفيد بشهادته سلطنةً واتِّسَاعَ تصرُّف ، حتى لو كان وصيًّا بالتصرُّف في الثلث وشهد لهم بمال : لا يجوز ؛ إذ يتسع به الثلثُ فيتسع تصرُّفُه .

* * *

---

(١) كلمة : « الحكم » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (ب) : « فلا » .

(٣) قوله : « ماله » ليس في (ب) .

(٤) في (أ) : « بعد موت الوصي » .

(٥) قال في الروضة : « فللموصي الرجوع متى شاء ، وللموصي عزل نفسه متى شاء . قلت [أي : النووي] : إلا أن يتعين عليه ، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره ، واللّه أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٠) .

(٦) ما بين القوسين ليس في (أ) .



كتاب الوديعة



وهي مشتقةٌ من [قولهم] [1] : وَدَع الشيءُ : إذا سكن واستقر ، أي أنها مستقرةٌ عند المودَع .

وقيل : إنها مشتقةٌ من قولهم : فلانٌ في دِعَةٍ ، أي في خفض من العيش ، أي أن الوديعةَ في دعةٍ غيرِ مبتلاة بالانتفاع [2] .

والنظر في أركان الوديعة وأحكامها :

أما الأركان : فالمودِعُ ، والمودَعُ ، والوديعة ، والصيغة :

أما الوديعة :

فهو كلُّ مالٍ تثبت عليه اليدُ الحافظة .

أما المودِعُ والمودَع : فلا يُعْتبر فيهما إلا ما يعتبر في الوكيل والموكِّل ؛ لأن الإيداعَ استنابةٌ في الحفظ ، فلا يَسْتدعي إلا التكليفَ من الجانبين [3] .

فرعان :

أحدهما : لو أخذ الوديعةَ من صبيٍّ ، ضَمِنَ إلا أن يخاف من الصبيِّ الإهلاكَ فأخذه على قصد الحِسْبَة .

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) قال في الروضة : « هي المالُ الموضوع عند أجنبي ليحفظه . واستودعه الوديعة : استحفظه إياها » . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٤) .

(٣) قال في الروضة : « ومن أُودِعَ وديعةً وهو يعجز عن حفظها حَرُمَ عليه قبولها . وإن كان قادرًا لكن لا يثق بأمانة نفسه ، فهل يَحْرُم قبولُها أم يكره ؟ وجهان . وإن قدر ووثق بأمانة نفسه ، استحب القبول . فإن لم يكن هناك غيره ، فقد أطلق مطلقون أنه يتعين عليه القبول ، وهو محمول على ما بينه السرخسي في « الأمالي » ، وهو أنه يجب أصل القبول دون أن يُتْلِفَ منفعة نفسه وحِرْزه في الحفظ من غير عوض » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٤) .

ففي ضمانه وجهان [1] ، كما لو خَلَّص طيرًا من فَمِ جارحةٍ ليحفظه على صاحبه .

الثاني : لو أَوْدَع صبيًّا فأتلفه الصبيُّ ، ففي الضمان قولان :

أحدهما : أنه لا يجب ، لأنه مُسَلَّطٌ عليه فصار كما لو استقرض أو ابتاع فأتلف .

والثاني : [أنه] [2] يجب [3] ؛ لأنه متسلطٌ على الحفظ لا على الإتلاف .

وأما البائعُ والمُقْرِضُ فقد سلَّطا على الإتلاف وشَرَطَا عليه عِوَضًا ، فقد الشرطُ وبقي التسليطُ .

وهذا الخلاف جارٍ في تعلُّق الضمان برقبة العبد [4] إذا تَلِفَ [4] بعد أن أُودِع ، ولا خلاف في تعلق الضمان بذمته .

فأما الصيغة :

فهي أن يقول : احْفَظْ هذا المالَ ، أو استودعتك ، أو ما يفيد معناه .

وفي اشتراط القبولِ لفظًا ما ذكرناه في الوَكالة ، وهاهنا أولى بأن يُشْترطَ لأنها أبعدُ عن مشابهة العقود [5] .

---

(١) الأصح أنه لا يضمن . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٥) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) وهذا الوجه هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٦) .

(٤) أي : الشيءُ المودَع ، وفي (أ) ، (ب) : « إذا أتلف » أي : العبد .

(٥) قال في الروضة : « وفي اشتراط القبول باللفظ ثلاثة أوجه : أصحهما : لا يشترط ، بل يكفي القبض في العقار والمنقول . والثاني : يشترط .

والثالث : يشترط إن كان بصيغة عقد ، كأودعتك . ولا يشترط إن قال : احفظه ، أو هو وديعة عندك » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٥) .

فإذا لم يُشْترط القبول لفظًا ، فإذا [1] أخذ الوديعةَ أو وضع بين يديه فرفعه كان ذلك قبولًا .

ولو قام من المجلس ولم يأخذ [2] كان ذلك / ردًّا للوديعة . ١٤٢/ب

ولو قام المالكُ أولًا وخلَّى بينه وبين المودَع لم تنعقد الوديعةُ ؛ فإن التخليةَ قد تقوم مقامَ القبض ، ولكن إذا استُحق القَبْضُ .

فإن قيل : الوديعةُ عقدٌ ، أو إذنٌ مجرد ؟

قلنا : قد [3] ذكر القاضي حُسَين فيه خلافًا وبنى عليه الترددَ في أن المودَعَ إذا عزل نفسَه ، هل ينفسخ العقدُ ؟ وذكر فيه وجهين :

أحدهما : نعم ؛ لأنه عقدٌ جائز .

والثاني : لا ؛ لأنه تسليطٌ مجرد ، فيضاهي إباحةَ الأكل للضيف ، فلا معنى للفسخ فيه .

فإن قلنا : انفسخ ، بقيت الوديعةُ أمانةً شرعيةً كما لو طيَّر الريحُ ثوبًا وألقاه في داره ، حتى لو تمكَّن من الردِّ على المالك ولم يَرُدَّ ، ضمن على أحد الوجهين .

* * *

---

(١) في (أ) : « فإن » .

(٢) في (ب) : « يأخذه » .

(٣) كلمة : « قد » ليست في (أ) .

أما حكم الوديعة

فهو أنه عقدٌ جائز من الجانبين ، ينفسخ بالجنون والإغماء والموتِ .

وموجبَ العقد التسلطُ على الحفظ بالمعروف ، وأنه إن [١] تلف بغير تقصيره [٢] فلا ضمان ، وأنه مهما طلب المالكُ وجب [٣] التمكينُ من الأخذ .

فالنظر[٤] إذًا في الضمان وردٌ العين :

أما الضمان : فسَبَبُه التقصيرُ ، وللتقصير ثمانيةُ أسباب :

السبب الأول : أن يُودِعَ عند غيره من غير عُذْر :

فيضمن ، لأنه لم يَرْضَ المالكُ بيَد غيره .

ولا فرق بين أن يُودِعَ زوجتَه أو عَبْدَه أو أجنبيًا ، إلا أن يُسلم إلى عبده وزوجته ليُوصِلَه إلى حِرْزِه - أعني حِرْزَ المودَع .

وإن أودع القاضِي وقَبِلَه القاضي فلا ضمان ؛ لأنه ربما يتبرَّم الحفظ ، فلا يلزمه المداومةُ عليه ولا شبهةَ في أمانة القاضي [٥] .

وإن أبى القاضي أن يأخذ [٦] ، هل [٧] يجوز له ذلك ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز ؛ لأنه نائب عن كلِّ غائبٍ فلقبض عنه .

---

(١) في (أ) : « لو » .

(٢) في (أ) : « تقصير » .

(٣) في (أ) : « يجب » .

(٤) في (أ) : « والنظر » .

(٥) قال في الروضة : « وإن أودعها عند القاضي فوجهان - سواء كان المالك حاضرًا أو غائبًا - أصحهما عند الجمهور : يضمن » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٧) .

(٦) في (أ) : « يأخذه » .

(٧) في (ب) : « فهل » .

والثاني : لا يلزمه ؛ لأنه التزمَ الحفظَ فكيف به [(١)] ؟

وفي وجوب قبول المغصوب من الغاصب وجهان مرتبان ، وأولى بأن لا يلزم ؛ لأنه في يد الغاصبِ مضمونٌ .

وفي وجوب قبول الدَّيْن ممَّن عليه وجهان مرتبان على المغصوب ، وأولى بأن لا يلزم ؛ لأن الدَّيْنَ غيرُ معرَّضٍ للتلف في ذمته ولا يَثْقُلُ عليه حفظُه . هذا إذا أَوْدَعَ غيْرَه بغير عذر .

فإن حضره سفرٌ فلْيَرُدَّه على المالك ، فإن عجز فإلى القاضي ، فإن عجز فإلى أمين ، فإذا [(٢)] فعل شيئًا من ذلك [٣] لم يضمن [٣] .

وإن عجز عن الكل فوجهان :

أحدهما : أنه يُسافر ولا ضمانَ ؛ للضرورة [(٤)] .

والثاني : أنه يضمن ؛ فإنه [(٥)] التزم الحفظَ فليتعرَّضْ لخَطرِ الضمانِ أو ليتْرُكِ السفرَ .

السبب الثاني : السفر بالوديعة :

وهو سببٌ للضمان إذا لم يكن عذرٌ [(٦)] ؛ ....

---

(١) قال في الروضة : « فإن جوزنا الدفع إلى القاضي لم يجب عليه القبول إن كان المالك حاضرًا والدفع عليه متيسرًا ، وإن لم يكن كذلك لزمه القبول على الأصح ؛ لأنه نائب الغائبين » . روضة الطالبين : (٦/ ٣٢٧) .

(٢) في (ب) : « وإذا » .

(٣) قوله : « لا يضمن » ليس في (أ) .

(٤) وهو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٨) .

(٥) هذا الوجه هو الأصح عند الجمهور ، بشرط أن يكون الطريق آمنًا ، وإلا فيضمن . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٢٩) .

(٦) في الأصل : « عذره » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

لأن المسافرَ ومالَه لعلى [١] قَلَتٍ [٢] - إلا ما وقى اللّٰهُ تعالى - إلا إذا أخذه [٣] في السفر فله استدامةُ السفر .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّٰه - : يسافر به إذا [٤] كان الطريقُ آمنًا .

أما إذا كان بعذر مثل حريقٍ أو نهبٍ أو غارة في البلد : فلا ضمان في السفر به .

وإن كان العذرُ حاجتَه إلى السفر فقد ذكرنا حكمه .

فرع :

لو حضره [٥] الوفاةُ ، فحكمُه حكمُ مَنْ حضره سفرٌ [٦] ، فلْيُودِعَ الحاكمَ ، أو أمينًا إن عجز عن الحاكم ، أو ليُوصِ إلى وارثه ولْيُشْهِدْ عليه ؛ صيانةً عن الإنكار .

فإن سكت ولم يخبر به أحدًا : ضمن ، إلا إذا مات فجأةً .

ولو أوصى إلى فاسق ضمن .

وإن أوصى إلى عدل فلم تُوجد الوديعةُ في تركته فلا ضمانَ ، ويُحْمَل على [٧] أنها ضاعت [٧] قبل موته .

وإن قال : عندي ثوبٌ - وله أثواب - ضمن ؛ لأنه صيغةٌ بالخلط .

---

(١) في (ب) : « على » .

(٢) القَلَتَ : معناه : الهلاك . انظر المعجم الوسيط مادة (ق ل ت) .

(٣) أي : أخذ الشيءَ المودَع في السفر ، بأن أُودِعَ عنده وهو مسافر .

(٤) في (أ) : « إن » .

(٥) في (أ) : « حضرته » ، وكلا التعبيرين صحيح .

(٦) في (أ) : « السفر » .

(٧) في الأصل ، (ب) : « أنه ضاع » .

ولو لم يُوصِ فوُجِدَ في تركته كِيسٌ مختومٌ مكتوب عليه أنه وديعةُ [فلانٍ] (١) ، فلا (٢) يجب تسليمُه بمجرد ذلك ؛ فلعله كتبه تلبيسًا أو بملكِ بعد الكتيبةِ (٣) ولم يُغَيِّر المكتوبَ .

السبب الثالث : نقل الوديعة من قرية إلى قرية :

فإن نَقَلها من قريةٍ آهِلَةٍ إلى قريةٍ غيرِ آهلةٍ ضمن ؛ لأن قريةً آهلةً أحْرَزُ في حقه .

وإن كان بالعكس (٤) وبينهما (٥) مسافةٌ تُسَمَّى سفرًا ضمن ؛ لأنه سافر به (٦) .

وإن لم تكن (٧) فإن كانت (٨) قرية [غيرَ] (٩) آهلةٍ مثلَ الأولى (١٠) أو أحرزَ ، فلا ضمان لأنه زاد خيرًا .

وإن كان دونه ضمن ؛ لأنه نَقَصَ الأحزارَ فكان كما لو سافر به .

وإن (١١) نقلها من بيتٍ في داره إلى بيت آخرَ وهو مثلُ الآخر أو فوقه لم يضمن .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « لم » .

(٣) في (ب) : « الكتب » .

(٤) أي : إن كان نقلها من قرية غير آهلة إلى قرية آهلة .

(٥) في (أ) : « فبينهما » .

(٦) أي : بالشيء المودَع ، وفي (ب) : « بها » ، أي : بالوديعة .

(٧) أي : وإن لم تكن المسافة بين القريتين تُسَمَّى سفرًا .

(٨) في الأصل : « كان » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٩) زيادة مهمة من (ب) .

(١٠) في الأصل ، (ب) : « الأول » ، والمثبت من (أ) .

(١١) في (أ) : « ولو » .

وإن كان دونه ضمن مهما كان البيتُ الأولُ معيَّنًا من المالك .

وإن قال مالك : احْفَظْ في هذا البيت ولا تنقل ، فنقل إلى ما هو فوقه أو مثله ، ضمن لمخالفته صريحَ الشرط ، إلا إذا نقل بعذرِ حريقٍ أو نهبٍ أو غارة .

فروع أربعة :

الأول : حيث جوَّزنا النقلَ إلى مثله فانهدم البيتُ المنقولُ إليه فتلفت الوديعةُ ضمن ؛ لأن ذلك جُوِّز بشرط سلامة العاقبة .

وإنما لا يضمن إذا جاء التلفُ من ناحية أخرى .

وكذا إذا قال : احْفَظْ في هذا البيت ، ولا تُدْخِلْ عليها أحدًا ، فأدخل إنسانًا وتلف لا من ناحية الداخلِ لم يضمن ، وإن تلف من جهة الداخل ضمن .

وكذلك [1] مكتري الدابةِ للركوب إذا ركبها [2] في الإصطبل فماتت [3] لم يضمن . وإن انهدم عليها الإصطبلُ ضمن .

الثاني : إذا قال : احفظ في هذا البيتِ ولا تَنْقُلْ [4] وإن وقعت ضرورة [4] :

فإن نقل بغير ضرورةٍ ضمن من أي جهة كان التلفُ [5] ، لأنه تَصَرَّفَ في ماله مع نهيه عنه .

وإن وقعت ضرورةٌ فتركها لم يضمن ؛ لأنه مأذونٌ في التضييع . ولكن الأَوْلَى أن ينقل ؛ لأن التضييع مكروه .

---

(١) في (أ) : « وكذا » .
(٢) في (أ) ، (ب) : « ربطها » .
(٣) في الأصل : « فمات » وهو خطأ ، والمثبت من (أ) ، (ب) .
(٤) ما بين القوسين مكرر في الأصل .
(٥) كلمة : « التلف » ليست في (أ) .

ثم إذا نقل ففي الضمان وجهان [1] ، كما في المحتسب مع الغاصب بإخراج المغصوب / من يده . ١٤٣/أ

ووجه الضمان : أنه أثْبَتَ اليدَ على ماله بغير إذنه ، فكان الاحتسابُ جائزًا بشرط إيصاله إليه أو ركوبِ غَرَرِ الضمان .

الثالث : لو نقل من ظرفٍ إلى ظرف كصندوق أو كيس ، فإن كان الظروفُ للمالك فتصرُّفه فيها بالنقل المجرد ليس بمُضَمِّنٍ إلا إذا فَضَّ [2] الخَتْمَ أو حَمَل القُفْلَ .

هذا ما دلَّ عليه مطلقُ كلام الشافعي رضي اللّه عنه .

وإن كان الظرفُ للمودَع فحكمُه حكمُ البيت في النقل إلى الأحرز أو المثل أو الأضعف [3] .

الرابع : لو قال له : لا تَنْقُلْ فادَّعى أنه نَقَلَ لضرورة ، فإن كان سببُ الضرورة مشهورًا فالقول قوله ، إلا فالقول قول المالك ؛ فإن الأصلَ عدمُ السبب ، وكونُه مخالفًا للفظ بظاهره [4] .

---

(١) الأصح : أنه لا يضمن ؛ لأنه قصد الصيانة . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٠) .

(٢) في (أ) : « فك » .

(٣) قال في الروضة : « إذا نقلها من ظرف إلى ظرف ، كخريطة إلى خريطة وصندوق إلى صندوق ، فالمتلخص من كلام الأصحاب على اضطرابه : أنه إن لم يَجْرِ فتحُ قفل ولا فض ختم ولا خلط ، ولم يعين المالك ظرفًا فلا ضمان لمجرد النقل ، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٠) .

(٤) قال في الروضة : « وحيث قلنا : لا يجوز النقل إلا لضرورة ، فاختلفا في وقوعها ، فإن عرف هناك ما يدعيه المودع صدق بيمينه ، وإلا طولب بالبينة ، فإن لم تكن بينة صدق المالك بيمينه ، وإلا طولب بالبينة ، فإن لم تكن بينة صدق المالك بيمينه . وحكى أبو الفرج الزاز وجهًا : أن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٠) .

السبب الرابع : التقصير في دفع المهلكات :

وفيه مسألتان :

إحداهما [١] : إذا أودعه دابةً فتَرَكَ [٢] العَلْفَ والسقيَ [٢] ضمن ، إلا إذا كان مأذونًا في تركه فيَعْصِي ولا يضمن .

ثم العَلَفُ لا يلزمه من ماله بل يرفع الأمرَ إلى القاضي حتى يستقرضَ على المالك ، فإن عجز وأنفق من ماله وأشْهَدَ ففي الرجوع خلاف .

فإن قلنا : إنه يرجع ، فقد نزَّلناه منزلةَ الحاكم ، فله أن يبيع جزءًا من الدابة إن لم يجد طريقًا إلى النفقة سواه .

فرع :

لو أمر غلامَهَ بالعَلْف والسقي ، وكان عادتهُ ذلك جاز .

وإن كان عادتُه المباشرةَ بنفسه ، فاستناب في الوديعة غيرَه حتى ثبت يده عليها في السقي ضمن .

وقال ابن سريج : لا يضمن ؛ لأن يدَ خادمِه وصاحبه كيَدِه في العادة .

والأظهر [٣] : أنه إن أخرجه بنفسه للسقي والطريقُ آمنٌ لم يضمن .

قال الإصطخري : يضمن ؛ لأنه أخرج الوديعةَ من الحِرْزِ من غير حاجة ، إلا إذا عجز عن السقي في المنزل [٤] .

المسألة الثانية : الثوب الذي يُفْسِدُه الدُّودُ من الخزِّ والصوفِ ، ولو تَرَكَ صيانته

---

(١) في (أ) : « الأولى » .
(٢) في (أ) : « علفها وسقيها » .

(٣) في الروضة : الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٣) .

(٤) في (أ) : « منزله » .

بالنشر والتعريض للرياح ، ضمن .

(١ وإن كان لا ينتفي الدودُ إلا بأن يَلْبِسه ويَعْبَقُ به ريحُ الآدمي ، فله لُبْسُه .

السبب الخامس : الانتفاع :

فإذا لبس الثوبَ ، أو ركب الدابةَ : ضمن ١) ، إلا أن يلبس الثوبَ لدفع الدود ، (٢أو رَكِبَ الدابةَ ليدفع ٢) الجُمُوحَ عند السقي .

وكذلك إذا أخذ الدارهمَ ليصرفها إلى حاجته : ضمن بالأخذ وإن لم يصرفه [٣] إلى حاجته .

وقال أبو حنيفة : لا يضمن بمجرد الأخذ .

ونحن نزيد على هذا فنقول : لو حَلَّ خَتْمَ الكيسِ ضمن ما في الكيس ؛ لأنه يُعَدُّ خيانةً على الكيس .

وهل يضمن الكيسَ في نفسه ؟ فيه وجهان .

أما إذا حل عقدًا على الكيس من نفس الكيس ، أو من خيطٍ وأعاده [٤] : لم يضمن ؛ لأن ذلك لا يُعَدُّ خيانة .

ولو أخرج الدابةَ ليركبها فلم يركبها : ضمن .

ولو نوى إخراجَ الدابةِ وأَخْذَ الدراهم (٥ فلم يأخذ ولم يُخْرِج : لا يضمن ٥) .

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٢) في (أ) : « والدابة لدفع » ، وفي (ب) : « أو الدابة لدفع » .

(٣) أي : المأخوذ ، وهو الدراهم . وفي (أ) : « يصرفها » .

(٤) في (أ) : « فأعاده » .

(٥) في (أ) : « فلم يخرج ولم يأخذ لم يضمن » .

بخلاف الملتقط فإنه يضمن بالنية ؛ لأن سببَ أمانته نيتُه ، فتغيرَّت الأمانةُ بتغيرُّ النية [1] . وهاهنا سببُ الأمانة إثباتُ المالكِ يدَه ، فلا تتغير إلا بعد وَأْنٍ [2] في عين المال .

وقال ابن سريج : يضمن كالملتقط .

ومن الأصحاب من قال : لو نوى أن لا يرد على المالك ضمن بمجرد النية ؛ لأنه صار به ممسكًا على نفسه .

فرعان :

أحدهما : لو ضمن الدرهمَ بالأخذ فردَّه [3] إلى الكيس :

فإن لم يختلط فالضمان مقصودٌ عليه ، وإن اختلط [4] فوجهان :

أحدهما : أنه يضمن [5] ؛ لأنه خلط بالمضمون ، فهو كما لو خلط درهمًا لنفسه به ، فإنه يضمن الكل .

والثاني : لا يضمن ؛ لأنه خَلَط مِلْكَه بملكه [6] ، بخلاف ما إذا خلط به ملكَ نفسه ، فإنه تَعَذَّر به تسليمُ ملك المالك .

الثاني : إذا أتلف بعضَ الوديعة : لم يضمن الباقي إذا كان المتلَفُ منفصلًا ، كما لو أتلف أحدَ الثوبين .

---

(١) في (أ) : « بيته » .

(٢) أي : ضَعْف . انظر المعجم الوسيط مادة (وَأَن) .

(٣) أي : فردَّ المأخوذَ ، وهو الدراهم .

(٤) أي : وإن اختلط المالُ المأخوذ بمالٍ آخر للمودِع .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٦) .

(٦) الضميران في قوله : « ملكه بملكه » يرجعان على المودِع .

وإن كان متصلًا كما لو قطع ذراعًا من الثوب أو طَرَفًا من الدابة ، فإن كان عامدًا : ضمن ؛ لأنه خيانةٌ [(١)] على الكل .

وإن كان خطأ : ضمن المفوت ، وفي الباقي وجهان ، أظهرهما [(٢)] : أنه لا يضمن؛ لأنه لا يُعَدُّ خائنًا في [(٣)] السهو .

السبب السادس : التقصير بكيفية الحفظ :

وفيه ثلاث صور :

الأولى : إذا سلَّم إليه صندوقًا وقال : لا تَرْقُدْ عليه فرَقَد :

قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : فقد زاده [(٤)] خيرًا ، فلا يضمن .

وقال مالك - رحمه اللّه - : يضمن ؛ لأنه أغرى اللّصَ به .

وما ذكره متجه إذا أخذ السارقُ من جنب الصندوق في الصحراء ، فإن هذا من قبيل المخالفةِ الجائزة بشرطِ سلامةِ العاقبة [(٥)] .

الثانية : سلَّم إليه دراهمَ وقال : اربطه [(٦)] في كُمِّك ، فأمْسَكَها في يده :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « جناية » .

(٢) في الروضة : الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٦) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « مع » . (٤) في (أ) ، (ب) : « زاد » .

(٥) قال في الروضة : « أودعه مالًا في صندوق وقال : لا ترقد ، فرقد عليه نُظِر : إن خالف بالرقود بأن انكسر رأس الصندوق بثقله ، أو تلف ما فيه ضمن ، وإلا فإن كان في بيت محرز ، أو في صحراء فأخذه لص ، فلا ضمان على الصحيح ؛ لأنه زاده خيرًا . وإن كان في صحراء وأخذه لص من جانب الصندوق ضمن على الأصح . وإنما يظهر هذا إذا سرق من جانب لو لم ترقد عليه لرقد هناك ، وقد تعرض بعضهم لهذا القيد » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٧) .

(٦) أي : المال المُتسلَّم ، وهو الدراهم . وفي (أ) ، (ب) : « اربطها » ، أي : الدراهم .

فإن أخذه غاصبٌ فلا ضمان ؛ لأن اليدَ [1] أحْرَزُ في هذه الحالة .

وإن [2] استرخى بنومٍ أو نسيانٍ ضمن ؛ لأن الربطَ أحرزُ هاهنا .

ولو ربط في كُمّه قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : إن جعل الخيطَ الرابطَ خارج الكم [3] : ضمن ؛ لأنه أغرى للطَّرّار [4] به ، وإن جعله داخلَ الكم : لم يضمن .

فقال المحققون : هذا إنما يستقيم إذا ضاع من جهة الطَّرّارِ ، فإن ضاع بالاسترسال فينبغي أن يكون الحكمُ بالعكس من هذا [5] .

الثالثة : أودعه خاتمًا :

قال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : إن جعَله في خِنْصَرِه : ضمن ؛ لأنه مستعملٌ ، وفي إصبعٍ آخرِ [6] : لا يضمن ؛ لأنه إحرازٌ .

وما ذكره غيرُ بعيدٍ عن القياس ، إلا إذا كان تَضِيقُ / الحلقةُ عن غير الخنصر ، ١٤٣/ب فالحفظ فيه [7] محمولٌ على قصد الإحراز .

السببُ السابع : التضييع .

وله صور :

الأولى : أن يُلْقِيَه في مَضْيَعَة ، فيضمن .

---

(١) في (ب) : « يده » .

(٢) في (أ) : « فإن » .

(٣) في (أ) : « كمه » .

(٤) الطَّرّار : النشال . انظر : المعجم الوسيط مادة (ط ر ر) .

(٥) قال في الروضة : « هكذا قاله الأصحاب ، وهو مشكل ؛ لأن المأمور به مطلقُ الربط ، فإذا أتى به وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف ، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فحصل به التلف » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٣٨) .

(٦) في (أ) : « أخرى » .

(٧) في (أ) : « فيها » .

ويلتحق به ما لو دلَّ سارقًا عليه ، أو دلَّ مَنْ يصادر المالكَ عليه ، فإنه يضمن ؛ لأنه خالف [(١)] الحفظَ الملتزم . بخلاف من لا يَدَ له على المال ، فإنه إذا دَلَّ لم [(٢)] يضمن ؛ لأنه لم يلتزم الحفظَ ولم يتصرف في المال .

الثانية : إذا ضيَّع بالنسيان :

فقد سئل الخضري عن زوجة سلَّمت خَلْخالًا إلى زوجها ليسلمه إلى صائغ ، فتسلم [(٣)] ونسي الصائغُ .

فقال : إن لم يُشْهِدْ يضمن [(٤)] بالتقصير في الإشهاد . وإن أشهد فلا يضمن وإن مات الشهودُ أو نَسُوه .

وهذا مصير إلى أن النسيانَ ليس بتقصيرٍ ، وهو غير بعيد . ومن أصحابنا من قال : يضمن بالنسيان [(٥)] ؛ فإن حقَّ المودع التحفظُ ، والنسيانُ لا يؤثر في دفع الضمان .

الثالثة : إذا أكرهه ظالمٌ على التسليم ، فقرارُ الضمان على الظالم ، وفي توجُّهِ المطالبة على المكرَه وجهان [(٦)] جاريان في المكره على إتلاف مال الغير . هذا إذا لم يَقْدِر على دفع الظالم .

فإن قَدَرَ على دفعه بإخفاء الوديعة فلم يفعل ضمن .

---

(١) في (أ) : « يخالف » .

(٢) في (أ) : « لا » .

(٣) في (أ) ، (ب) : « سلم » .

(٤) في (أ) ، (ب) : « فيضمن » .

(٥) هذا هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٢) .

(٦) الأصح : أن للمالك مطالبة المودع . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٢) .

فإن حلَّفه الظالمُ ، فليحلف وليُكَفِّرْ ، ولا بأسَ بأن يحلف كاذبًا إذا [1] كان مقصودُه حِفْظَ حقٍّ [2] الغير ، وقد جَوَّز الشرعُ كلمةَ الردة لحفظ النفس [3] .

ولو حلف بالطلاق ، فإن حلف : طُلِّقت زوجتُه ؛ لأنه قَدِر على الخلاص بتسليم الوديعة ، وإن سلَّم الوديعةَ : ضمن ؛ لأنه قَدَر على أن لا يُسَلِّم بالحلف .

وهو كما لو خُيِّر بين أن يُطَلِّق إحدى زوجتيه لا على التعيين إكراهًا ، فعيَّن إحداهما للطلاق ، وقع الطلاقُ .

السبب الثامن للضمان : الجحود .

وجحودُ الوديعة مع غير المالك ليس بمضمِّنٍ ؛ إذ عادةُ الوديعة الإخفاءُ ، وأما مع المالك فبَعْدَ المطالبةِ بالرد مضِّمن .

وإن لم يُطالب ولكن قال : لي عندك شيءٌ ، فسكت : لم يضمن . وإن أنكر فوجهان :

أحدهما : لا [4] ؛ لأن الجحودَ بعد الطلب .

والثاني : أنه يضمن ؛ لأنه جحودٌ ؛ إذ وقع بعد السؤال .

فرع :

إذا جحد فالقولُ قولهُ مع يمينه .

---

(١) في (أ) : « إن » .

(٢) في (أ) : « مال » .

(٣) قال تعالى : ﴿ مَنْ كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أُكْرِه وقلبه مطمئنٌ بالإيمان ﴾ من الآية (١٠٦) من سورة النحل .

(٤) هذا الوجه هو الأصح . انظر : الروضة : (٦ / ٣٤٣) .

فإن [١] أقام المودعُ بينةً على الإيداع ، فادَّعى الردَّ أو التلف قبل الجحود ، نظر إلى صيغة جحوده :

فإن قال : ليس لك عندي شيءٌ ، فقولُه مقبولٌ في الرد والتلف ؛ لأنه لا مناقضةَ بين كلاميه .

وإن أنكر أصلَ الوديعة ، فقوله في الرد والتلف لا يُقْبَل .

فلو أقام عليه بينةً ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يمكن ؛ لأن البينةَ تنبني على الدعوى ، ودعواه باطلةٌ بما سبق من قوله المناقض لها [٢] .

والثاني : أنه يقبل [٣] ؛ لأنه كاذبٌ في أحد قوليه لا محالةَ ، والبينةُ تُبيِّنُ أن الكذبَ في الأول لا في الثاني .

هذا ما أردنا أن نذكره من أسباب الضمان ، ومهما جرى سببُ الضمان فعاد أمينًا وترك الخيانةَ : لم يبرأ عن الضمان عندنا ، خلافًا لأبي حنيفة .

فلو استأنف المالكُ إيداعَهُ ، فالظاهر : أنه يزول الضمانُ .

وفيه وجه : أنه لا يزول إلا بإزالة يده ، كضمان يد البائع .

* * *

(١) في (أ) : « وإن » .

(٢) في (أ) : « له » .

(٣) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٣) .

النظر الثاني
في رَدِّ العين إذا كانت باقية

وهو واجبٌ مهما طلب المالكُ ، فإن أخَّر بغير عذر : ضمن .

وإن كان في جُنْحِ الليل ، وتعذَّر عليه الوصولُ إليه : لم يضمن .

وإن [١] كان في جماع [٢] ، أو على طعامٍ : لم يَعْصِ بالتأخير في هذا القدر ، ولكنه جائزٌ بشرطِ سلامةِ العاقبة ، فإن تلف بهذا التأخير : ضمن [٣] .

وإن عينَّ [٤] وكيلًا ليَرُدَّ عليه ، لَزِمه الردُّ مهما طالبه .

فإن تمكن ولم يطالبه الوكيل ، ففي الضمان كنظيره في الثوب إذا [٥] طيره الريحُ في داره [٥] .

وحقيقة الوجهين : أن الأمانةَ الشرعيةَ تتمادى إلى التمكن من الردِّ أو إلى المطالبة بالرد [٦] ، وبعد أن أمره بالرد على الوكيل فقد عزله وصارت أمانة شرعية .

فرعان :

أحدهما : لو [٧] طالبه بالردِّ فادَّعى التلف : فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن يدعى التلفَ بحريقٍ أو نهب أو غارة : فإنه لا يُصَدَّق ما لم يَسْتَفِضْ أو لم تَقُمْ عليه البينةُ ؛ لأن

---

(١) في (أ) : « فإن » .   (٢) في (أ) : « حمام » .

(٣) قال النووي في الروضة : « قلت : الراجح أنه لا يضمن مطلقًا ، وصرح به كثيرون ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٤) .

(٤) في (أ) : « فإن وكل » .   (٥) في (أ) : « أطارته الريح إلى داره » .

(٦) الأصح : أنها تنتهي بالتمكن من الرد . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٥) .

(٧) في (ب) : « إن » .

إقامةَ البينة عليه سهلٌ .

ولو أطلق دعوى التلف وطالبه المالكُ بتفصيل السبب ، فلا يلزمه البيانُ وليس عليه إلا يمينٌ على التلف .

فأما إذا ادعى الردَّ ، نظر : فإن ادَّعى الردَّ على من ائتمنه ، فالقول قوله مع يمينه ، فإنه اعترف بأمانته ، فلزمه قبولُ يمينه .

وإن ادعى الردَّ على غير من ائتمنه ، كما إذا [1] ادعى الردَّ على وارثِ المالك بعد أن مات المالكُ ، أو ادَّعى وارثُ المودع الردَّ على المالك ، أو ادعى الملتقطُ أو مَنْ [2] طيَّر الريحُ ثوبًا في داره [2] ردًّا على المالك : فهؤلاء لا يصَدَّقون إلا ببينة .

وكذلك إذا ادَّعى الردَّ على وكيل المالك ، وأنكر الوكيلُ : فالقول قول الوكيل ، ولا يجب على المالك تصديقُ المودَع ؛ لأن الخصومةَ أولًا مع الوكيل .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يلزمه تصديقُه ؛ لأن وكيلَه بمنزلته .

وإن اعترف بالتسليم ولكن نسب المودع إلى التقصير [3] بترك الإشهاد ، أو [4] أنكر وكيلُه [5] ، فهل يضمن بهذا التقصير ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، كما إذا وكَّله بقضاء دَيْنٍ فلم يُشْهِدْ .

والثاني : لا ؛ لأن الوديعةَ عادتُها الإخفاءُ ، ولا ينفع الإشهادُ مع الوكيل ؛ فإنه إن كان يستجيز الخيانةَ فيدعي التلفَ أو الردَّ ويكون [6] مصدقًا بيمينه ، بخلاف مستحق

---

(١) في (أ) : « لو » .

(٢) في (أ) : « طيرت الريح ثوبًا إلى داره » .

(٣) في (أ) : « تقير » .

(٤) في (أ) : « إذا » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « الوكيل » .

(٦) في (أ) : « فيكون » .

الدين فإنه لا حيلةَ له مع الإشهاد .

والخلاف في وجوب الإشهاد جارٍ في الوصيِّ إذا ردَّ المالَ على اليتيم بعد بلوغه .

فإن قلنا / : يجب الإشهادُ فتنازعا في جريانه : فالأصلُ عدمُه ، والقولُ قول المالك ١٤٤/أ في عدمه .

فإن قيل : فلو أودع المودعُ عند إنسانٍ آخرَ لإذنِ [المالك] [١] عند سفره [٢] ، فهل يُصدَّق المودعُ [٣] الثاني في دعوى الرد ؟

قلنا : يُنْظَر [٤] : فإن عيَّنه المالكُ صُدِّق في دعوى الرد على المالك ؛ لأنه مودعٌ من جهته .

وإن لم يُعَيِّنه ولكن قال : أوْدِعْ أمينًا ، فعيَّنه المودعُ الأول ، فلا يُصدَّق إلا في دعوى الردِّ على المودع الأول ، فأما [٥] على المالك فلا .

الثاني : إذا ادَّعى رجلان وديعةً عند إنسانٍ ، فقال : هو لأحدِكما ، وقد نَسِيتُ عَيْنَه . فإن اعترفا له بعدم العلم ، فلا خصومةَ لهما معه ، وفي الوديعة قولان :

أحدهما : أنه تُنْقَلُ إلى يد أمين وتُوقَفُ إلى أن تفصل الخصومة بطريقها ؛ لأن هذا الأمينَ انعزل بمطالبتها بالرد [٦] .

والثاني : أنه يُتْرك في يده ؛ فإنه أمينٌ حاضرٌ ، فلا معنى لاستئناف أمين آخر [٧] .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) في الأصل : « سفر » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٣) كلمة : « المودع » ليست في (أ) .

(٤) في (ب) : « نُظِر » .

(٥) في (أ) : « أما » .

(٦) قوله : « بالرد » ليس في (أ) .

(٧) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٠) .

ثم هذا المالُ يُجْعَل كأنه في يدهما وقد تنازعاه ، أو يُجْعَل كمالٍ في يد ثالثٍ تداعاه أجنبيان ؟ فيه وجهان : قال القاضي حسين : يجعل الشيءُ في يدهما ؛ لأن الحقَّ لا يَعْدُوهما باتفاق الجميع (١) .

وقال المحاملي : لا يجعل في يدهما ؛ فإنه لم يَثْبُتْ لأحدهما يَدٌ .

أما إذا ادَّعيا العلمَ على المودع ، فيكفيه (٢) أن يحلف لهما يمينًا واحدة على النفي .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : يحلف لكلٍّ واحدٍ منهما يمينًا .

فإذا حلَّفناه ، (٣ فإن حلف ٣) عاد الأمرُ كما كان في الصورة الأولى .

فإن نَكَلَ حَلَفا يمينَ الردِّ ، فإذا حلفا : ضمن المودعُ القيمةَ ، وجُعِلَت القيمةُ أيضًا في يدهما فيحصل (٤) كلُّ واحدٍ منهما على نصف الوديعة ونصفِ القيمة (٥) .

فإن سلَّم العينَ لأحدهما دون الآخر ببينةٍ ، أو يمينٍ مردودةٍ : ردَّ مَنْ سلَّمَ العينَ له (٦) نصفَ القيمة التي في يده إلى المودع ؛ إذ وصل إليه المبدلُ .

---

(١) هذا الوجه هو الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٤٩) .

(٢) في (أ) : « فتكفيه » .

(٣) قوله : « فإن حلف » ليس في (أ) .

(٤) في (ب) : « فتحصل » .

(٥) قال في الروضة : « وإن نكل رُدَّت اليمين عليهما . فإن نكلا فالمال مقسوم بينهما أو موقوف حتى يصطلحا على ما سبق . وإن حلف أحدهما فقط ، قضي له . وإن حلفا ، فقولان - ويقال : وجهان - : أحدهما : يُوقَفُ حتى يصطلحا . وأظهرهما : يقسم ؛ لأنه في أيديهما . وعلى هذا يغرم القيمة وتقسم بينهما أيضًا ؛ لأن كل واحد منهما أثبت بيمين الرد كل العين ، ولم يأخذ إلا نصفها . هذا هو الصحيح الأشهر فيما إذا نكل المودع » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٠) .

(٦) في (أ) : « إليه » .

وأما الآخر فلا يرد النصف [1] الذي في يده ؛ لأنه استحقها بيمينٍ مردودة [2] من جهة المودع ، وما رجِع إليه مبدله .

هذا كله تفريعٌ من الأصحاب على أن المودَع لا يضمن بالنسيان ، وقد ذكرنا وجهًا في تضمينه ، فعلى هذا يضمن بمجرد النسيان ولا يحتاج إلى النكول واليمين . والله أعلم .

* * *

(١) في (أ) : « للنصف » .

(٢) كلمة : « مردودة » ليست في (أ) .

كتاب

قسم الفيء والغنائم [1]

وفيه بابان

---

(١) في (أ) : « قسمة الفيء والغنيمة » .



الباب الأول

في الفيء

وهو كلُّ مالٍ لكافرٍ فاءَ إلى المسلمين من غير إيجاف خيلٍ و [لا] [1] رِكَاب . كما إذا انجلَوا عنه خوفًا من المسلمين من غير قتالٍ ، أو بذلوه للكفِّ عن قتالهم . وهو مُخَمَّس كما سيأتي تفصيله .

وكذلك ما أُخِذَ بغير تخويفٍ كالجزية والخراج عن أراضيهم [2] ، والعُشْرِ من [3] تجارتهم .

ومالُ المرتد ومالُ مَنْ مات منهم ولا وارثَ له ، فالصحيحُ أن هذا أيضًا يُخَمَّسُ ؛ لعموم قوله - تبارك وتعالى - : ﴿ وَمَآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ ﴾ [4] .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) .

(٢) في (أ) : « أرضهم » .

(٣) في (أ) : « عن » .

(٤) من الآية (٦) من سورة الحشر .

الطرف [1] الأول
في الخُمُس

وهو مقسومٌ بعد رسول اللّه ﷺ بخمسة أسهم ؛ إذ كان الفيءُ كلُّه لرسول اللّه ﷺ .

السهم الأول : للّه ولرسوله :

فهو مصروفٌ إلى مصالح المسلمين ؛ لأنه ﷺ تناولَ من الأرض وَبَرَةً من بعيرٍ ، فقال : « والذي نفسي بيده ، ما لي مما أفاء اللّهُ إلا الخمسُ ، والخمسُ مردودٌ عليكم » [2] . وأراد به ما بعد الوفاة .

والردُّ على الجملة بالصرف [3] إلى المصالح العامة كسدِّ الثُّغُور وعمارة القناطر وأرزاق القضاة وغيرها .

ومن الأصحاب من قال : يُصْرَفُ سهمُ رسول اللّه ﷺ إلى الإمام ؛ فإنه خليفته [4] .

السهم الثاني : لذوي القربى :

وهم المُدْلُون بقرابةِ رسول اللّه ﷺ ، كبني هاشم وبني المطلب ، دون غيرهم من

---

(١) كلمة : « الطرف » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود : (٣ / ٦٣) كتاب الجهاد – باب في فداء الأسير بالمال (٢٦٩٤ ، ٢٧٥٥) ، والنسائي : (٧ / ١٣١) (٣٨) كتاب قسم الفيء (٤١٣٨) ، وأحمد في مسنده : (٥ / ٣١٦) ، ومالك في الموطأ : (٢ / ٣٦٥) ، (٢١) كتاب الجهاد (١٣) باب ما جاء في الغلول (٢٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ٣٣٨ ، ٣٣٩) .

(٣) في (أ) : « بالتصرف » .

(٤) هذا النقل شاذ . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٥) .

بني عبد شمس وبني نوفل ؛ لأن رسول اللّه ﷺ قَسَم على هؤلاء ومنع أولئك [1] .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : الخمسُ يُقَسَّم بثلاثة أسهم ، فأما سهمُ رسول اللّه ﷺ وسهمُ ذوي القربى فقد سقطا بوفاته ﷺ .

وقال بعض العلماء : يُقَسَّم بستة [2] أسهم ، وسهم اللّه تعالى يتميز عن سهم رسول اللّه ﷺ ، فيُصْرَفُ إلى زِينَةِ الكعبة ومصالحها .

وهو باطل ؛ لقوله – عليه السلام – : « الخمسُ مردود عليكم [3] » .

ولو صحَّ ذلك لكان نصيبُه سدسًا .

وإذا [4] ثبت أنه لذوي القربى ، فيشترك في استحقاقه أغنياؤهم وفقراؤهم ؛ لأن العباسَ كان يأخذ منه – وكان من أغنيائهم – ويشترك [5] فيه [6] الصغيرُ والكبير [6] ، والنساء والرجال ، والحاضر في ذلك الإقليم والغائب ؛ تعلُّقًا بعموم القرابة ، ويفضل

---

(١) قسم رسول اللّه ﷺ لبني هاشم وبني عبد المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل ، وقال : « إنما بنو المطلب وبنو هاشم شيءٌ واحد » . ورُوي أنه شبَّك بين أصابعه في تمثيلهم ؛ تنبيهًا على التسوية .

أخرجه البخاري : (٦ / ٢٨١) (٥٧) كتاب فرض الخمس (١٧) باب ومن الدليل على أن الخمس للإمام ، وأنه يعطي بعض قرابته دون بعض (٣١٤٠) وأطرافه : (٣٥٠٢ ، ٤٢٢٩) ، وأبو داود (٣ / ١٤٥) كتاب الخراج والإمارة والفيء – باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى (٢٩٧٨) ، والنسائي : (٧ / ١٣١) (٣٨) كتاب قسم الفيء (١) الباب الأول منه (٤١٣٧) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٦١) (٢٤) كتاب الجهاد (٤٦) باب قسمة الخمس (٢٨٨١) . وراجع التلخيص الحبير : (٣/ ١٠١) حديث رقم : (١٣٨٧) .

(٢) في (ب) : « ستة » .

(٣) مرَّ تخريجه قريبًا .

(٤) في (أ) : « فإذا » .

(٥) في (أ) : « فيشترك » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الكبير والصغير » .

الذكرُ على الأنثى ؛ لأنه مستحقٌّ بالقرابة فيشبه الميراثَ . هذا نصُّ الشافعي رضي الله عنه .

وقال المزني : يُسَوَّى كالوصية للأقارب . وهو القياس .

فرع :

قال العراقيون : أولادُ البنات لا يستحقون ؛ فإنه لا نَسَبَ من جهة الأمهات ، وهذا مستحق بالنسب .

وذكر القاضي حسين : أن مَنْ يُدْلي بجهتين يُفَضَّلُ على من يدلي بجهة واحدة ، كما يُقَدَّم الأخُ من الأب والأم على الأخ للأب .

وهذا يَدُلُّ على أن الإدلاءَ بالأم [١] له أثرٌ في الاستحقاق / عند الاجتماع، فلا ١٤٤/ب يبعد عن القياس أن يُؤَثِّر عند الانفراد مع شمول اسم القرابة .

السهم الثالث : لليتامى :

وهو كلُّ طفلٍ لم يَبْلُغ [الحُلُمَ [٢]] ولا كافلَ له ، من أولاد المرتزقة وغيرهم .

وقال القفال : يختص بأولاد المرتزقة ، وهو بعيد .

نعم ، هل يُشْترط كونه فقيرًا ؟ فعلى وجهين :

أحدهما : لا ؛ كما لا يُشْترط في ذوي القربى ؛ لأنه زيادةُ شرطٍ على الوصف المذكور .

والثاني : نعم ؛ لأن لَفْظَ اليتيم يُنَبِّئ عن الحاجة إلى التعهُّد ، والغَنِيُّ الذي يَتَعَهَّدُ غيرَه من ماله بالزكاة والنفقةِ يَبْعُد فَهْمُه عن الآية [٣] .

---

(١) في (أ) : « من الأم » .
(٢) زيادة من (أ) .

(٣) قال في الروضة : « ويشترط فيه الفقر على المشهور . وقيل : على الصحيح » . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٦) .

السهم الرابع : سهم [1] المساكين :

ويجوز صَرْفُه إلى الفقير ؛ [2] فإنه أشدُّ حاجةً منه [2] [3] .

السهم الخامس : لأبناء السبيل . وسيأتي بيانُ الصنفين في تفريق الصدقات .

فإن قيل : فهل يجب التسوية بينهم ؟

قلنا [4] : أما الأسْهُمُ الخَمْسُ فلابد وأن تتساوى في الأصل .

وأما سهمُ ذوي القربى فيُقَسَّم على السَّوِيَّة ، إلا بسبب الذكورة والأنوثة .

وأما المستحقُّ باليُتْمِ والمسكنةِ والسفر فيتفاوت بتفاوت الحاجة .

* * *

---

(١) كلمة : « سهم » ليست في (أ) ، (ب) .

(٢) في (أ) : « لأنه أشد حاجةً منهم » .

(٣) قال في الروضة : « سبق في باب الوصية : أن عند الانفراد يدخل الفقراء في اسم المساكين ، وعكسه ، ولفظ المساكين هنا مفرد [أي : ليس مقرونًا به الفقراء] فيدخل فيه الفقراء ، وحينئذٍ مقتضى القول بوجوب تعميم مساكين الإقليم أو العالم تناولُ الفقراء أيضًا ، وهذا مقتضى كلام بعضهم . ومنهم من يقول : يجوز الصرف إلى الفقراء ؛ لأنهم أشد حاجة ، وهذا لا يقتضي تناولهم .

قلت [أي الإمام النووى] : الصحيح الأول ، وأنهما داخلان في الاسم ، وممن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه ، واللّه أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٥٧) .

(٤) في (أ) : « قلنا : نعم » .

الطرف الثاني

في الأخماس الأربعة

وقد كان ذلك لرسول الله ﷺ مع الخمس ، وبعده فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه مردودٌ إلى المصالح كالخُمْسِ من الخُمْسِ المضاف إلى رسول الله ﷺ .

والثاني : أنه يُقَسَّم على الجهات كما يقسم الخمسُ ، فعلى هذا يُقَسَّم جملةُ الفيء بخمسة أقسام ، وعليه يدل ظاهرُ قوله تبارك [وتعالى] [1] : ﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ ﴾ [2] .

والثالث – وهو الأظهر – : أنه للمرتزقة المقاتلين [3] ، كأربعة أخماس الغنيمة فإنها للحاضرين في القتال ؛ إذ كان يأخذه رسولُ الله ﷺ ؛ لأن الكفار كانوا يحذرون منه ، والآن يحذرون من جند الإسلام .

وذهب بعضُ الشيعة إلى أنه موروثٌ منه لأقاربه ، وهو باطلٌ ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام – : « نحن معاشرُ الأنبياءِ لا نُورَثُ ، ما تركناه صدقةٌ » [4] .

---

(١) زيادة من (أ) .　　(٢) من الآية (٧) من سورة الحشر .

(٣) في (أ) : « والمقاتلين » .

(٤) أخرجه البخاري عن عائشة أن النبي ﷺ قال : « لا نُورث ما تركنا صدقة » .

انظر : صحيح البخاري : (١٢ / ٧) (٨٥) كتاب الفرائض (٣) باب قول النبي ﷺ : « لا نورث ما تركنا صدقة » (٦٧٢٧ ، ٦٧٢٨ ، ٦٧٣٠) ، ومسلم : (٣ / ١٣٧٩) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٦) باب قول النبي ﷺ : « لا نورث ما تركنا فهو صدقة » (١٧٥٨) ، وأبو داود : (٣ / ١٤٢) كتاب الخراج والإمارة والفيء – باب في صفايا رسول الله ﷺ من الأموال (٢٩٦٩) ، والترمذي : (٤ / ١٣٤ – ١٣٦) (٢٢) كتاب السير (٤٤) باب ما جاء في تركة رسول الله ﷺ (١٦٠٨ ، ١٦١٠) ، والنسائي : (٧ / ١٣٦) (٣٨) كتاب قسم الفيء (٤١٤٨) عن عمر بن الخطاب . وانظر : السنن الكبرى للبيهقي : (٦ / ٣٠٢) .

وإذا ثبت أنه للمقاتلين فلْيُرَاعِ [١] الإمامُ في القسمة سبعة أمور :

الأول : أن يضع ديوانًا يُحْصِي فيه المرتزقةَ بأسمائهم ، وينصب لكل عشرةٍ منهم عَرِيفًا يَجْمَعُهم في وقت العطاءِ ؛ ليكون أسهلَ عليه .

الثاني : أن يُسَوِّي ولا [٢] يُفَضِّل أحدًا بسَبْق في الإسلام ولا سِنٍّ ولا نسب ، بل يُعْطي كلَّ واحد [٣ على قدر ٣] حاجته ، فيزيد بزيادةِ الحاجة ولا [٤] يعطيه ما يَقْصُرُ عن كفايته وكفاية زوجته وأولاده ؛ لأنهم كَفُوا المسلمين أمْرَ الجهاد فلْيُكْفُوا أمرَ النفقة .

فلو كان لواحد أربعُ زوجاتٍ أنْفَقَ [٥] على الكل ، ويُنْفِقُ على عبده وفرسه ، فإن لم يكن له عبدٌ وفرس واحتاج إليه اشتراه له .

ولو كان له عبيدٌ للخدمة لا يُنْفِقُ على أكثرَ من واحد ؛ لأنه [٦] لا حَصْرَ لهم ، بخلاف الزوجات .

ويُعْطِي الولدَ الصغيرَ كما يُعْطي الكبيرَ ، وكلما كَبُرَ فزادت [٧] حاجتُه زاد في جِرَايَتِه .

وكان عمر – رضي اللّه عنه – يفضل البعضَ على البعض ، وأبو بكر – رضي اللّه عنه – كان يُسوي بينهم [٨] ، فرأى الشافعي – رضي اللّه عنه – الاقتداءَ بالصديق – رضوان اللّه عليه – ؛ تشبيهًا بالغنيمة ، فيسوي [٩] فيها بين الشجاع والضعيف .

الثالث : أن يُقَدِّم – في الإعطاءِ – الأَوْلى بالتقديم .

(١) في الأصل ، (أ) : « فليراعي » ، وهو خطأ ، والمثبت من (ب) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « فلا » .

(٣) في (أ) : « بقدر » .

(٤) في (أ) : « فلا » .

(٥) أي : أنفق الإمام .

(٦) في (أ) : « لأنهم » .

(٧) في (أ) : « زادت » .

(٨) قوله : « بينهم » ليس في (ب) .

(٩) في (ب) : « يسوي » .

فيقدِّم قريشًا (١ ويُقدِّم من جملتهم بني هاشم وبني عبد المطلب ١) ، فيسوي بينهم ؛ لأنه - عليه الصلاة والسلام - شَبَّكَ بين أصابعه في تمثيلهم ؛ تنبيهًا على التسوية (٢) .

نعم ، إن كان فيهم مُسِنٌّ قَدَّم الأسَنَّ ، ثم يُعْطي بعدهم بني (٣) عبد شمس وبني نوفل وبني عبد مناف (٤) ، ويقدم (٥) بني عبد شمس ؛ لأن عبد شمس أخوها هاشم من أبيه وأمِّه ، (٦ ونوفلٌ أخوه ٦) من أبيه لا مِن أمِّه ، ثم يُعْطَى بنو عبد العزى و [بنو] (٧) عبد الدار ، ويُقَدَّم [بنو] (٨) عبد العزى على [بني] (٩) عبد الدار ؛ لأن فيهم أصهارَ رسول اللّه ﷺ .

وكذلك يُعْطَى الأقربُ حتى تنقضي قريشٌ ، ثم يُقدَّم الأنصارُ على سائر العرب ، ويُعطَى بعد ذلك العجمُ .

وإذا تساوت الرتبُ قُدِّمَ بالسنِّ أو بالسَّبْق إلى الإسلام ، ولم (١٠) يُقَدَّم بسببٍ سوى ما ذكرناه (١١) .

---

(١) في (أ) : « ويُقَدَّم من جملتهم بنو هاشم وبنو عبد المطلب » . وكلمة : « عبد » ليست في (ب) .

(٢) سبق تخريج هذا الحديث قريبًا .

(٣) كلمة : « بني » ساقطة من الأصل . وفي (أ) ، (ب) : « بنو » ، والصواب ما أثبتناه .

(٤) ذِكْره « بني عبد مناف » زيادة . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٦١) .

(٥) في (أ) : « فيقدم » .

(٦) في (أ) : « فنوفل » .

(٧) ، (٨) زيادة من (أ) .

(٩) زيادة من (ب) .

(١٠) في (أ) : « ولا يُقَدَّم » . أي : الإمام .

(١١) قال في الروضة : « ومتى استوى اثنان في القرب قُدِّم أسنُّهما . فإن استويا في السن فأقدمهما إسلامًا وهجرة .

قلت [أي الإمام النووي] : قد عكس أقضى القضاة الماوردي هذا ، فقال في « الأحكام السلطانية » : يقدم بالسابقة في الإسلام . فإن تقاربا فيه قُدِّم بالدين . فإن تقاربا فيه قدم بالسن . فإن تقاربا فيه قدم بالشجاعة . فإن تقاربا فيه فولي الأمر بالخيار بين أن يرتبهم بالقرعة ، أو برأيه واجتهاده ، وهذا الذي قاله هو المختار ، واللّه أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٢) .

الرابع : لا يُثْبِتُ ابتداءً في الديوان اسمَ صبيٍّ ولا مجنونٍ ولا عبد ولا ضعيف ؛ إذ لا كفايةَ فيهم ؛ بل يُثْبِتُ اسمَ الأقوياء البالغين المستعدين للغزو إذا أُمِرُوا .

فإن طرأ الضعفُ والجنونُ ، فإن كان يُرْجَى زوالهُ فلا يُسْقِطُ الاسمَ ، وإن كان لا يُرْجَى فيُسْقِط اسمَه .

وإذا مات فما كان يُعْطِي زوجتَه وأولادَه في حياته ، هل يبقى عليه بعد موته ؟ وجهان :

أحدهما : أنه يَسْقُط ؛ إذا كان ذلك بطريق التبعية ، والآن فقد [١] مات المتبوعُ ، وليس في أنفسهم قوة الجهاد .

والثاني : أنه يُسْتَصْحَب ؛ إذ المجاهدُ إذا علم أن ذريتَه مُضَيَّعُون بعد وفاته اشتغل بالكسب عن الجهاد [٢] .

فعلى هذا يُعطي [٣] للزوجة إلى أن تتزوج ، فإذا استغنت بزوجها سَقَط حقُّها ويبقى [٤] حقُّ الصبيان إلى البلوغ ، فإن بلغوا عاجزين - بجنونٍ أو ضعف أو أنوثة - استمرَّ ما كان وكأنهم لم يبلغوا .

وإن صلحوا للقتال خيِّرُوا فإن اختاروا الجهادَ استقلُّوا باثباتِ الاسم ، وإن أعرضوا [٥] التحقوا بالمكتسبين انقطع [٦] حقُّهم .

الخامس : ينبغي أن تُفَرَّق أرزاقُهم في أولِ كلِّ سنةٍ ، ولا يُكَرَّرُ القسمةَ في كلِّ أسبوع وشهر / ؛ فإن الحاجةَ في المال تتكرَّرُ بتكرُّر السنة ، إلا أن تقتضي المصلحةُ ذلك فله اتِّبَاعُها . ١٤٥/أ

---

(١) في (أ) : « قد » .

(٢) هذا الوجه هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٣) .

(٣) في (ب) : « يُتقى » .

(٤) في (أ) : « وبَقِي » .

(٥) في (ب) : « أو » .

(٦) في (أ) : « فيقطع » .

فلو مات واحدٌ بعد أن جَمَعَ المال ومضت السنةُ ، كان نصيبُه لورثته .

وإن مات قبل الجمع والحَوْلِ ، فلا حقَّ لورثته (١) .

وإن كان بعد الجمع وقبل انقضاء السنة فقولان :

يُنْظَر في أحدهما إلى حصول المال ، وفي الثاني إلى أن النصرةَ لم تَكْمُل (٢) بالسنة ، وهي لا تُجَزَّأ (٣) .

السادس : إن كان من (٤) جملة الفيء أراضٍ (٥) ، فخمسُها لأهل الخمس ، وأربعةُ أخماسها يكون وَقْفًا . هكذا قاله الشافعي رضي اللّه عنه .

فمن الأصحاب من قال : هو تفريع منه على أنه للمصالح ، والمصلحةُ في الوقف ؛ لتَبْقَى الغَلَّةُ على المسلمين في الدوام (٦) . وعلى القول الآخر : يُقَسَّم على المرتزقة كالمنقول .

---

(١) قال في الروضة : « وإن مات قبل جمع المال وبعد الحول ، فظاهر النص : أنه لا شيء للورثة ، وبه قال القاضي أبو الطيب وآخرون ، وبه قطع البغوي . وقال الشيخ أبو حامد : يُصْرَف نصيبُه مما سيحصل إلى ورثته . وإن مات قبل الجمع وقبل انقضاء الحول ، فإن قلنا : إذا مات بعد الحول لا يستحق ، فهاهنا أولى ، وإلا ففي قسط ما مضى الخلاف فيما إذا مات قبل الحول وبعد جمع المال » . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٤) .

(٢) في (ب) : « يكمل » ، وهو خطأ .

(٣) قال في الروضة : « وإن مات بعد جمع المال وقبل تمام الحول ، فقولان - ويقال : وجهان - :

أظهرهما : يصرف قسط ما مضى إلى ورثته كالأجرة .

والثاني : لا شيء لهم ، كالجعل في الجعالة ، لا يُسْتحق قبل تمام العمل » . الروضة : (٦ / ٣٦٤) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « في » .

(٥) في (أ) : « أراضي » ، وهو خطأ .

(٦) قال في الروضة : « والأصح جريان هذا الحكم ، سواء قلنا : للمصالح أو للمرتزقة ؛ لتبقى الرقبة مؤبدة ، وينتفع بغلتها المستحق كل عام ، بخلاف المنقولات ؛ فإنها معرضة للهلاك ، والغنيمة بعيدة عن نظر الإمام واجتهاده ؛ لتأكد حق الغانمين » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٥) .

ومنهم من قال : وإن قلنا : إنها للمرتزقة ، فنجعلها وقْفًا ؛ لتكون رزقًا مؤبَّدًا عليهم بخلاف الغنيمة ؛ إذ لا مدخلَ للاجتهاد فيها ، فلذلك لا يُفَضَّل أحدٌ على غيره لحاجة [1] ومصلحة .

فإن قلنا بالوقف ، فمنهم من قال : أراد الشافعيُّ (٢ - رضي الله عنه - ٢) الوقفَ الشرعيَّ الذي يَحْرُمُ به البيعُ والقسمة [3] .

ومنهم من قال : أرادَ التوقفَ عن قسمة الرقبة وقسمة الغلة دون الوقف الشرعي .

السابع : إذا فَضَلَ شيءٌ من الأخماس الأربعة عن قدر حاجتهم [4] ، فيُرَدُّ عليهم ويُوَزَّع وإن زاد على [5] كفايتهم .

إلا إذا فرعنا على [6] أنه للمصالح وأنه يُصْرَف إليهم ؛ لأنه أهمُّ المصالح ، فحينئذٍ (٧ إن ظهرت مصلحةٌ أهمُّ منه ٧) لم تُرَدَّ الزيادة عليهم . والله أعلم .

* * *

---

(١) في (أ) : « أو » .

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « فإذا قلنا بالوقف ، فوجهان :

أحدهما : المراد به التوقف عن قسمة الرقبة دون الوقف الشرعي .

وأصحهما : أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة . فعلى هذا وجهان : أحدهما : يصير وقفًا بنفس الحصول ، كما يرق النساء والصبيان بالأسر . وأصحهما : لا ، لكن الإمام يقفها . وإن رأى قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها فله ذلك » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٥) .

(٤) أي : المرتزقة .

(٥) في (أ) ، (ب) : « عن » .

(٦) كلمة : « على » ليست في (أ) ، (ب) .

(٧) في (ب) : « إن ظهر أهمُّ منها » .

الباب الثاني

في قسم الغنائم [١]

والغنيمة : كلُّ مالٍ تأخذه الفئة المقاتلة [٢] على سبيل القهر والغلبة من الكفار . فخمسها يُقَسَّم بخمسة أقسام كخمس الفيء ، وأربعة أخماسها للغانمين . فيتطرق إليها : النَّفَل ، والرَّضْخ ، والسَّلَب ، ثم القسمة بعدهُ :

---

(١) في (أ) : « الغنيمة » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « المجاهدة » .

النظر الأول

في النَّفل

وهو زيادةُ مالٍ يشترطه أميرُ الجيش لمن يتعاطى فعلًا مخاطرًا يفضي إلى الظَّفَر بالعدوِّ ، كتقدُّمِه طليعةً ، أو تهجُّمه على قلعةٍ ، أو دلالتِه على طريق بلد .

والنظر في قَدْرِه ومحله .

أما محله : فيجوز أن يكون من بيتِ مالِ المسلمين ؛ لأنه من المصالح ، فإن شرط منه فليكن قَدْرُ المال معلومًا ؛ لأنه جِعَالة .

ويجوز أن يكون مما يُتَوَّقع أخْذُه من مال المشركين من خمس الخمس (١) ، وعند ذلك لا يُشْترط كونُه معلومًا ؛ فقد « شرط رسولُ اللّه ﷺ الثلثَ في الرَّجْعَةِ والربعَ في البَدْأَة » (٢) .

وحكى القاضي عن القديم قولًا : أنه لا يختص بخمس الخمس والمصالح ، بل يُعْطَوْن الثلث والربع مما أخذوا من أصل المال لا من خمس الخمس ، والباقي يكون غنيمةً مشتركة .

وعلى هذا ، فهل يُخَمَّس ما اخْتَصُّوا به ؟ فيه قولان كما سيأتي في الرَّضْخ .

---

(١) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٦٩) .

(٢) الحديث أخرجه أبو داود عن حبيب بن سلمة الفهري قال : « شهدتُ النبي ﷺ نفَّل الربع في البدأة والثلث في الرجعة » (٣ / ٨٠) كتاب « الجهاد » - باب « فيمن قال : الخمس قبل النفل » (٢٧٥٠) ، وأخرجه الترمذي عن عبادة بن الصامت : (٤ / ١١٠) (٢٢) كتاب السير (١٢) باب في النفل (١٥٦١) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٥١) (٢٤) كتاب الجهاد (٣٥) باب النفل (٢٨٥٢) ، وأحمد في مسنده : (٥ / ٣٢٠) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٣) حديث رقم : (١٣٩٥) .

فرع :

لو قال الأمير : من أخذ شيئًا فهو له ، وأراد أن يَجْعَل كلَّ ما أخذه نَفَلًا [(١)] .

فقد قال الشافعي - رضي اللّه عنه - [(٢)] : لو قال قائل بذلك كان ذلك مذهبًا ، وقد قال به أبو حنيفة رضي اللّه عنه .

فقال الأصحاب : هو ترديدُ قولٍ .

فعلى قولٍ : يجوز ؛ لما روى أنه - عليه الصلاة والسلام - قال يوم بدر : « مَنْ أخذ شيئًا فهو له » [(٣)] .

والأصح : أنه لا يجوز ، والحديث غير صحيح .

وقد قيل [(٤)] : إن غنائمَ بدرٍ كانت (٥ له - عليه الصلاة والسلام - ٥) خاصةً يفعل فيها ما يشاء [(٦)] .

(١) قال في الروضة : « إذا قال الأمير : مَنْ أخذ شيئًا فهو له ، لم يصح شرطه على الأظهر » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٠) .

(٢) ما بين القوسين ليس (أ) ، (ب) .

(٣) لم تذكر كتب السنة هذا الحديث بهذا اللفظ ، ولكن قال رسول اللّه ﷺ : « من قتل قتيلًا فله سلبه » وسيأتي قريبًا إن شاء اللّه . انظر : التلخيص الحبير : (٣ / ٣) حديث رقم : (١٣٩٦) .

(٤) في (ب) : « نُقِل » .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (أ) ، وفي (ب) : « لرسول اللّه » .

(٦) اختلف أهل العلم بالحديث في ذلك ، انظر : صحيح البخاري : (٦ / ٢٢٩ ، ٢٨٠) (٥٧) كتاب فرض الخمس أبواب (١ / ١٦) أحاديث رقم : (٣٠٩١ ، ٣١٣٩ ، ٤٠٢٤) . انظر أيضًا : (٧ / ٣٦٧) (٦٤) كتاب المغازي (١٢) باب من غزوة بدر (٤٠٠٣) ، وانظر تعليق ابن حجر على تلك المسألة (٦/ ٢٢٩) ، (٧ / ٣٦٨) في فتح الباري . وانظر صحيح مسلم : (٣ / ١٥٦٨) (٣٦) كتاب الأشربة (١) باب تحريم الخمر (١٩٧٩) ، وسنن أبي داود : (٣ / ١٤٨) كتاب الخراج والإمارة والفيء - في بيان مواضع قسم الخمر وسهم ذي القربى (٢٩٨٦) (٣ / ٦١) كتاب الجهاد - باب في المن على الأسير بغير =

أما قدره : فباجتهادِ الإمام ، وليكن [1] على قَدْرِ خَطَرِه في العمل ، ولذلك زاد رسولُ اللّه ﷺ في الرجعة ؛ لأن خطرَ التخلُّفِ عن العسكر في آخر القتال أعظمُ من خطر التقدم قبل القتال .

والأظهر : أن ذلك كان ثلثَ خمسِ الخمسِ ، وربعَ خمسِ الخمس .

وقيل : معناه : أن يُزَاد لكلٍّ واحدٍ مثلُ ثلثِ حصته أو مثلُ ربعه .

***

= فداء (٢٦٨٩) ، ومسند الإمام أحمد : (١ / ١٤٢ ، ٤ / ٨٠) . وانظر السنن الكبرى للبيهقي : (٦ / ٢٩١ - ٢٩٦) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٣ - ١٠٥) حديث رقم : (١٣٩٦ ، ١٤٠٣) .

(١) في (ب) : « ولكن » .

النظر الثاني
في الرَّضْخ

وهو قدرٌ من المال تقديرُه إلى رأي الإمام بشرط أن لا يزيد على سهم رجلٍ من الغانمين ، بل يَنْقُصُ كما ينقص التعزيرُ من الحدِّ .

ومصرفه : العبيد ، والصبيان المراهقون ، والنساء .

والكفار الذين حضروا الواقعةَ ، فليس [1] لهم رتبةُ الكمال حتى يدخلوا في القسمة .

وفي المحل الذي يخرج منه ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه من أصل الغنيمة ؛ تقديمًا [2] على الكل ، كأجرة النقل والحمل .

والثاني : أنه من خُمْسِ الخمس ، كالنَّفَل على الرأي الأصح .

والثالث - وهو الأقيس - : أنه من الأخماس الأربعة ؛ لأنه سهمٌ من الغنيمة استحقاقُه بشهود الوقعة ، لكنه دون سائر السهام .

فرع :

الكافر إذا حضر بغير إذن الإمام ، أو حضر بأجرة قدَّرها الإمام فلا شيء له من الرضخ [3] .

وللإمام أن يستأجر أهل الذمة بشيء من المال .

فأما العبد إذا حضر استحقَّ الرضخ ، مأذونًا كان من جهة السيد أو الإمام أو لم يكن ، قاتل أو لم يقاتل .

وكذا النساء والصبيان . واعتبار الإذن في حقِّ الكافر ؛ لأنه مُتَّهم .

---

(١) في (أ) : « وليس » .

(٢) كلمة : « تقديمًا » ليست في (أ) .

(٣) قال في الروضة : « وإن حضر الذمي بغير إذن الإمام لم يستحق شيئًا على الصحيح ، بل يعزره الإمام آن ذلك ، وإن حضر بإذنه ، فإن كان استأجره فله الأجرة فقط ، وإلا فله الرضخ على الصحيح .

النظر الثالث

في السَّلَب

وهو للقاتل نادى الإمام أو لم يُنَادِ ، خلافا لأبي حنيفة – رحمه اللّه – ؛ لعموم قوله – عليه الصلاة والسلام – : « مَنْ قتل قتيلًا فله سَلَبُه » [(١)] .

ثم النظر في أربعة أركان :

الركن [(٢)] الأول : في سبب الاستحقاق :

وهو ركوبُ الغَرَرِ في قهر كافرٍ / مُقْبِلٍ على القتال بما يكفي [(٣)] بالكُلِّيَّة شرَّه [(٣)] . ١٤٥/ب

فالحد مقيَّدٌ بثلاث شرائط [(٤)] :

الأول : ركوب الغَرَر ، فلو رَمَى من حصنٍ أو من وراء الصف وقَتَل : لم يستحق ؛ لأن السَّلَبَ حَثٌّ على الهجوم على الخطر .

والثاني : أنه إن [(٥)] قَهَر الكافرَ بالإثخان وإن لم يَقْتُلْه : ....

---

(١) الحديث أخرجه البخاري : (٦ / ٢٨٤) (٥٧) كتاب فرض الخمس (١٨) باب من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلًا فله سلبه (٣١٤٢) ولفظه : « من قتل قتيلًا له عليه بينة فله سلبه » ، ومسلم : (٣ / ١٣٧٠) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٣) باب استحقاق القاتل سلبَ القتيل (١٧٥١) ، وأبو داود : (٣ / ٧٠) كتاب الجهاد – باب في السلب يعطى القاتل (٢٧١٧) ، والترمذي : (٤/ ١١١) (٢٢) كتاب السير (١٣) باب ما جاء في من قتل قتيلًا فله سلبه (١٥٦٢) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٤٧) (٢٤) كتاب الجهاد (٢٩) باب المبارزة والسلب (٢٨٣٨) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٥) حديث رقم : (١٤٠١) .

(٢) كلمة : « الركن » ليست في (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) : « شره بالكلية » .

(٤) في (أ) : « شروط » .

(٥) في (ب) : « إن كان » .

استحق ، (1) وإن قَتَله غيرُه لم يستحق (1) ؛ قتل ابنُ مسعود أبا جهل فلم يُعْطَ سَلَبَه ؛ إذ كان أثخنه غيرُه (2) .

ولو اشترك رجلان في القتل اشتركا في السلب .

وقطعُ اليدين والرجلين جميعًا إثخانٌ ، وقطع اليدين دون الرجلين ، أو الرجلين دون اليدين فيه قولان (3) ؛ لأنه يَعْدُو برِجْلِه عند فقدِ اليد فيجمع العسكرَ ، ويقاتل بيده راكبًا عند فقد الرِّجْل (4) .

أما إذا أَسَرَ كافرًا وسلَّمه إلى الإمام فقولان :

الأصح (5) : أنه يستحق سلبَه ؛ لأنه قهرٌ تام بما يكفي شرَّه .

والثاني : لا ؛ لأنه لم يَقْتُلْ ولا مَهَّدَ سبيلَ القتل بالجراحة .

---

(1) ما بين القوسين ليس في (أ) ، (ب) .

(2) انظر ذلك في : صحيح البخاري : (٦ / ٢٤٨) (٥٧) كتاب فرض الخمس (١٨) باب من لم يخمس الأسلاب (٣١٤١) ، (٨ / ٣٤٢) (٦٤) كتاب المغازي (٨) باب قتل أبي جهل (٣٩٦١ ، ٣٩٦٢ ، ٣٩٦٣) ، ومسلم : (٣ / ١٣٧٢) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٣) باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥٢) (٣ / ١٤٢٤) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (٤١) باب قتل أبي جهل (١٨٠٠) ، وأبو داود : (٣ / ٦٧) . كتاب « الجهاد » - باب في الرخصة في السلاح يقاتل به في المعركة (٢٧٠٩) ، (٣ / ٧٢ ، ٧٣) كتاب الجهاد - باب من أجاز على جريح مثخن ينَفَّل من سلبه (٢٧٢٢) . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٤) حديث رقم : (١٤٠٠) .

(3) قال في الروضة : « فلو قطع يديه أو رجليه ، أو يدًا ورجلًا ، فهو إثخان على الأظهر ، وهو رواية المزني ، وبه قطع جماعة » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٣) .

(4) في (أ) : « الرجلين » .

(5) في الروضة : الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٣) .

وعلى الصحيح : لو فاداه الإمام أو استرقه ، ففي (١ رقبته ومالِ ١) الفداء قولان في أنه هل يكون من جملة السلب (٢) ؟

الشرط الثالث : كونُ القتيل مقبلًا على القتال ، فلو قَتَلَ منهزمًا أو نائمًا أو مشغولًا بالأكل : لم يستحق .

الركن الثاني : (٣ في المستحق ٣) .

وهو كلُّ مَنْ يستحق السهمَ الكاملَ من الغانمين .

ومستحق الرضخ ، هل يستحق السلبَ إذا قَتَلَ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم (٤) ؛ لعموم قوله – عليه الصلاة والسلام – : « مَنْ قتل قتيلًا فله سَلَبُه » (٥) .

والثاني : لا ؛ لأنهم كما اسْتُثْنُوا عن عموم آية الغنيمة (٦) يُسْتَثْنَوْنَ عن عموم الحديث .

أما الذمي ، إذا قَتَلَ فلا يستحق السلبَ (٧) . قطع به القاضي ، وذكر وجهين فيمَنْ قتل امرأةً كافرةً أو مراهقًا كافرًا ، في أنه هل يستحق سلبه ؟

---

(١) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٢) قال في الروضة : « ويشبه أن يكون الأظهر هنا : المنع ؛ لأن اسم السلب لا يقع عليه » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٤) .

(٣) في (أ) : « مستحق السلب » .

(٤) وهو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٤) .

(٥) سبق تخريجه قريبًا .

(٦) وهي قوله تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن الله خُمُسَه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل إن كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقى الجمعان والله على كل شيء قدير ﴾ الآية (٤١) من سورة الأنفال .

(٧) وهو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٤) .

ومنشأ التردد : تعلُّقُ [1] التحريم بالقتل [2] .

الركن الثالث : [3] في حدِّ السَّلب [3] .

[وهو [4]] كلٌّ ما تَثْبُتُ يدُ القتيل عليه ، مما هو عِدَّةُ القتال وزينةُ المقاتل ، كثيابه وسلاحه وفرسه .

وما خلَّفه في خيمته من كُرَاعٍ وسلاحٍ لا يستحقه القاتل .

والصحيح : [5] أنه يستحق ما معه من الخاتم والسُّوَار والمِنْطَقَة [5] .

وما معه من الدنانير [6] التي استصحبها للنفقة [6] ، فقولان [7] مشهوران :

أقيسهما : أنه يستحق ؛ لأن جملةَ ما معه مَطْمَعُ المقاتِل [8] .

والثاني : لا يستحق ، كالحقيبة المشدودة على فرسه وفيها أقمشةٌ ودنانير ، فإنه لا يَملك [9] ، اتفق عليه الأصحاب .

---

(١) في (أ) : « تعليق » .

(٢) قال في الروضة : « ولو كان الكافرُ امرأة أو صبيًّا ، إن كان لم يقاتل لم يستحق ؛ لأن قَتْلَه حرام . وإن كان يقاتل استحق سلبه على الأصح ، والعبد كالصبي . وقيل بالاستحقاق قطعًا » . روضة الطالبين: (٦ / ٣٧٤) .

(٣) في الأصل : « السلب وحده » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) قال في الروضة : « وفيما عليه من الزينة ، كالطوق ، والسوار ، والمنطقة ، والخاتم ، والهميان ، وما فيه من النفقة ، فقولان – ويقال : وجهان – : أحدهما : ليست سلبًا ، كثيابه وأمتعته المخلَّفة في خيمته . وأظهرهما : أنها سلب ؛ لأنها مسلوبة » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٥) .

(٦) في (أ) : « استصحبه برسم النفقة » .

(٧) في (أ) : « فيه وجهان » .

(٨) في (أ) : « للقاتل » .

(٩) في (ب) : « تملك » .

وقال القاضي : لابد من إجراء الخلافِ فيه ، والقياس ما قاله .

وأما (١ الدابة التي معه ، ففيه ١) قولان :

أحدهما : لا يستحق ؛ لأنه ليس مقاتلًا عليها (٢) .

والثاني : نعم ؛ لأنه قد يعجز الواحدُ فيقاتل على الثاني ، فهو كما لو كان يقاتل (٣) راجلًا وهو قابضٌ للِّجَامِ (٤) فرسه ، فإنه يستحق سهمَ الفرس (٥) .

الركن الرابع : في حكم السَّلب :

وحكمُه : أنه يفرز من رأس المال الغنيمة لصاحبه ، ثم تُقَسَّم الغنيمة بعده ، ولا ينحصر في خمس الخمس ، بخلاف الرَّضْخ والنَّفَل على رأي .

وهل يُخْرَج الخُمُسُ من السلب ؟

ذكر الفوراني قولين ، والقياس : أنه يُخْرَج ، ولكن نُقِلَ عن خالد بن الوليد أنه ﷺ « قضى بالسَّلَبِ للقاتل ، ولم يُخَمِّسْ » (٦) . فاتباع الحديث أولى .

* * *

---

(١) في (أ) : « الجنيبة التي للمقاتل معه ، فيها » .

(٢) في الأصل ، (ب) : « عليه » ، والمثبت من (أ) .

(٣) كلمة : « يقاتل » ليست في (أ) . (٤) في (أ) ، (ب) : « بلجام » .

(٥) قال في الروضة : « والجنيبة التي بين يديه ، فيها هذا الخلاف [أنها سلب أم لا] . وقيل بالمنع . والأصح : أنها سلب ، صححه الروياني وغيره » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٥) .

(٦) الحديث أخرجه مسلم : (٣ / ١٣٧٣) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٣) باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥٣) ، وأبو داود : (٣ / ٧١ ، ٧٢) كتاب الجهاد - باب في الإمام يمنع القاتل السلب إذا رأى (٢٧١٩) ، (٢٧٢٠) ، باب في السلب لا يخمس (٢٧٢١) ، وأحمد في مسنده : (٦ / ٢٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٦ / ٣١٠) باب ما جاء في تخميس السلب . وراجع التلخيص الحبير : (٣ / ١٠٥) حديث رقم : (١٤٠٢) .

النظر الرابع
في قسمة الغنيمة

وفيه مسائل :

الأولى : إذا مَيَّز الإمامُ الخُمُس والسلب والرضخ والنفل على التفصيل الذي تقدَّم قَسَّمَ الباقيَ على الغانمين بالسَّوِيَّة ، وقَسَّم العقارَ كما يُقسم المنقولَ ، ويعطي الفارسَ ثلاثةَ أسهمٍ والراجلَ سهمًا واحدًا ، ولا يُؤَخِّر القسمةَ إلى دار السلام . هكذا فعله رسولُ اللّه ﷺ (١) .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : لا يجوز القسمةُ في دار الحرب ، ولا يُعْطَى الفارسُ إلا سهمَيْن ، ويتخيَّرُ الإمامُ في العقار بين الردِّ على الكفار ، أو الوقوف على المسلمين ، أو القسمة على الغانمين .

والكلُّ مردودٌ عليه بالأحاديث .

الثانية (٢) : مستحق (٣) الغنيمة : مَنْ شهد الوقعةَ مع تجريد القصد لنصرة المسلمين ، فلو لم يَحْضُرْ في الابتداء ولَحِقَ بعد حِيازة الغنيمة وانقضاءِ الحرب : لم

---

(١) أخرجه البخاري : (٦ / ٧٩) (٥٦) كتاب الجهاد والسير (١٥) باب سهام الفرس (٢٨٦٣) ، وطرفه : (٤٢٢٨) ، ومسلم : (٣ / ١٣٨٣) (٣٢) كتاب الجهاد والسير (١٧) باب كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين (١٧٦٢) . وأبو داود : (٣ / ٧٥ ، ٧٦) كتاب الجهاد – باب سهمان الخيل (٢٧٣٣ ، ٢٧٣٤ ، ٢٧٣٥ ، ٢٧٣٦) ، والترمذي : (٤ / ١٠٥) (٢٢) كتاب السير (٦) باب في سهم الخيل (١٥٥٤) ، والنسائي : (٦ / ٢٢٨) (٢٨) كتاب الخيل (١٧) باب سهمان الخيل (٣٥٩٣) ، وابن ماجه : (٢ / ٩٥٢) (٢٤) كتاب الجهاد (٣٦) باب قسمة الغنائم (٢٨٥٤) ، السنن الكبري : (٦ / ٣٢٤ ، ٣٢٥) . وراجع التخليص الحبير : (٣ / ١٠٥ ، ١٠٦) حديث رقم : (١٤٠٦) .

(٢) زيادة من (أ) .

(٣) في (ب) : « دو مستحق » .

يشترك [١] في الاستحقاق .

وقال أبو حنيفة – رحمه اللّه – : يشترك في الاستحقاق إذا لَحِقَ في دار الحرب .

وإن لَحِقَ قبل انقضاء الحرب شارك في الاستحقاق ؛ لشهود الوقعة وحصولِ الغَنَاء .

وإن كان بعد انقضاء الحرب وقبل حيازة الغنيمة فقولان ، يُنْظَر في أحدهما إلى سبب الحيازة – وهو القتال – وفي الثاني إلى نفس الحيازة [٢] .

أما الثاني إذا حضر في الابتداء ثم مات : فإن كان بعد انقضاءِ [٣] القتال انتقل سهمُه إلى ورثته ؛ لأنه مَلَكَ بتمام القتال .

وإن كان قبل الشروع في القتال فلا حقَّ لورثته .

وإن كان في أثناء القتال ، نصَّ الشافعي (رضي اللّه عنه) [٤] على أنه [٥] لاحقَّ لورثته ، ولكن نصَّ في موت الفرس في أثناء القتال أنه يستحق سهمَه .

فمن الأصحاب من قال قولان بالنقل والتخريج ؛ إذ لا فَرْقَ بين [٦] الفرس والفارس [٦] .

ففي قول : يستحق بشهوده بعضَ الوقعة .

---

(١) في (أ) : « يشارك » .

(٢) قال في الروضة : « وإن حضر بعد انقضائه [أي : القتال] وقبل حيازة المال ، فقولان – وقيل : وجهان – : أظهرهما : لا يستحق . والثاني : بلى . وقيل : إن خيف رجعةُ الكفار استحق . وإلا فلا » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٧) .

(٣) في (أ) : « انفصال » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) ، (ب) .

(٥) في الأصل : « أن » ، والمثبت من (أ) ، (ب) .

(٦) في (أ) : « الفارس والفرس » .

وفي قول : لا يستحق ؛ نظرًا إلى آخر الأمر ، فإنه محل الخطر .

ومنهم من قَرَّر النصين وقال : إذا مات الفرسُ فالمتبوعُ قائمٌ ، بخلاف ما إذا مات الفارسُ .

ومهما مرض مرضًا لا يُرْجَي زوالُه ، قال العراقيون : هو كالموت .

وذكر الفوراني قولين ، ووجه القول الآخر : المصلحةُ في حاجة المريض إلى المعالجة ونفقة الإياب [1] بخلاف الميت ، وإن كان المرضُ مما يُرْجَى زوالهُ فلا يُمْتَنع الاستحقاقُ لا في ابتداء القتال ولا في دوامه .

أما إذا هرب عن القتال سقط سهمُه إلا إذا هرب متحيِّزًا إلى فئة أخرى أو متحرفًا لقتال . ومهما ادَّعى ذلك / فالقول قوله مع يمينه [2] . ١٤٦/أ

وأما [3] المُخَذِّلُ للجيش والمضعف لقلوبهم ، ينبغي أن يُخْرَج من الصف ، فإن حضر : لم يستحق لا السلبَ ولا الغنيمةَ ولا الرضخ ؛ فإنه أسوأُ حالًا [4] من المنهزم .

المسألة الثالثة : إذا وَجَّه الإمامُ سريةً من جملة الجيش فغنمت شيئًا ، شارك [5] في استحقاقها [6] جيشُ الإمام [7] إذا كانوا بالقرب مترصِّدين لنصرتهم [8] .

---

(١) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٨) .

(٢) قال في الروضة : « ومن هرب ثم ادعي أنه كان متحرِّفًا أو متحيزًا ، قال الغزالي : يُصَدَّق بيمينه . وقال البغوي : إن لم يَعُدْ إلا بعد انقضاء القتال لم يصدق ؛ لأن الظاهر خلافه . وإن عاد قبله صُدِّق بيمينه . فإن حلف استحق من الجميع . وإن نكل لم يستحق إلا من المحوز بعد عوده . قلت : الذي قاله البغوي أرجح ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٧ ، ٣٧٨) .

(٣) في (ب) : « أما » بدون الواو .

(٤) في (ب) : « أحوالًا » .

(٥) في (أ) : « شاركها » .

(٦) في (أ) ، (ب) : « الاستحقاق » .

(٧) في (أ) : « الإسلام » .

(٨) قال في الروضة : « بعث الإمام أو أمير الجيش سرية إلى دار الحرب وهو مقيم ببلده ، فغنمت ، لم =

وحَدُّ القربِ : ما يُتَصوَّرُ فيه الإمدادُ عند الحاجة .

وقال القفال : القربُ بالاجتماع في دار الحرب وإن تباعدوا ، وهو بعيد [1] .

ولو بعث سريتين ، فما أخذ كلٌّ [2] واحدٍ منها [2] مقسوم على جميع الجيش وعلى السريتين عند التقارب .

وذكر القاضي وجهًا : أن إحدي السريتين لا تشارك [3] الأخرى ، ولكن [4] الجيش يشاركهما [4] جميعا [5] .

المسألة الرابعة [6] : الذين حضروا لا لقصد الجهاد [7] ، كالأجير والتاجر والأسير :

= يشاركها الإمام ومن معه من الجيش .

قلت : سواء كانت دار الحرب قريبة أم لا . حتى لو بعث سرية وقصد الخروج وراءها ، فغنمت السرية قبل خروجه ، لم يشاركها وإن قربت دار الحرب ؛ لأن الغنيمة للمجاهدين ، وقبل الخروج ليسوا مجاهدين ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٩) .

وقال في الروضة أيضًا : « ولو دخل الإمام أو الأمير دار الحرب ، وبعث سرية في ناحية فغنمت ، شاركهم جيش الإمام . ولو غنم الجيش شاركته السرية ؛ لاستظهار كلٍّ بالآخر » . روضة الطالبين : (٦/ ٣٧٩) .

(١) قال في الروضة : « وحدُّ القرب : أن يبلغهم الغوث والمدد منهم إن احتاجوا ، ولم يتعرض أكثر الأصحاب لهذا ، واكتفَوْا باجتماعهم في دار الحرب . قلت : هذا المنقول عن الأكثرين ، وهو الأصح أو الصحيح ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٩ ، ٣٨٠) .

(٢) في (أ) : « واحد منهما » .

(٣) في (ب) : « يشارك » . (٤) في (ب) : « الإمام يشاركها » .

(٥) قال في الروضة : « ولو بعث سريتين إلى جهة اشترك الجميع فيما يغنم كل منهما . ولو بعثهما إلى جهتين ، فكذلك على الصحيح . وقيل : لا شركة بين السريتين هنا » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٧٩) .

(٦) في الأصل : « الثالثة » ، والمثبت من (أ) و (ب) .

(٧) في (أ) : « القتال » .

ففي الأجير على سياسةِ الدواب وغيره ثلاثة أقوال :

أحدها : لا يستحق شيئًا ؛ لأنه لم يُخَرِّج القصدَ للنصرة .

والثاني : يستحق ؛ لأنه قاتل فجمع بين القصدين ، فإن لم يقاتل فلا يستحق قطعًا .

والثالث : أن قصدَه مردودٌ [1] فَيُخَيَّر بين إسقاطِ الأجرة وبين طلبها ، فإن أعرض عن الأجرة استحق السهمَ وإلا فلا [2] .

ومن أي وقت تسقط [3] أجرتُه [4] إذا أعرض [4] ؟ فيه وجهان :

أحدهما : مِن وقت دخول دار الحرب .

والثاني : من وقت ابتداء القتال [5] ؛ إذ هو السببُ الخاص في الملك .

هذا في أجير استؤجر لا [6] لأجل الجهاد [6] ، فإن استؤجر للجهاد وهو مسلمٌ : فالإجارة فاسدةٌ إذ يجب عليه الصبرُ عند الوقوف في الصف .

وإذا [7] سقطت أجرتُه فهل يستحق السهم ؟ وجهان ، ووجه المنع : أنه أعرض

(١) في (أ) : « متردد » .

(٢) قال في الروضة : « إذا شهد الأجير مع المستأجر الوقعة ، نظِر ، إن كانت الإجارة لعمل في الذمة بغير تعيين مدة ، كخياطة ثوب وبناء حائط ، استحق السهم قطعًا . وإن تعلقت بمدة معينة ، بأن استأجره لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة شهرًا ، فنقل الغزالي والبغوي : أنه إن لم يقاتل فلاسهم له ، وإن قاتل فثلاثة أقوال . وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقال أولا ، وكذلك أطلقها الشافعي – رضي اللّه عنه – في « المختصر » . أظهرها : له السهم ؛ لحضور الواقعة . والثاني : لا . وعلى هذين يستحق الأجرة بمقتضى الإجارة . والثالث : يخير بين الأجرة والسهم ، فإن اختار الأجرة فلا سهم ، وإن اختار السهم فلا أجرة » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٨٠)

(٣) في (ب) : « يسقط » .

(٤) ما بين القوسين ليس في (أ) .

(٥) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٦ / ٣٨١) .

(٦) في (أ) : « للجهاد » .

(٧) في (أ) : « فإذا » .

عنه ؛ طمعًا في الأجرة .

وإن كان كافرًا واستأجره الإمام : صحت الإجارةُ ، وإن استأجره أحادُ الرعايا : فلا .

وأما التاجر : إذا قاتل فقولان كما في الأجير ؛ إذ القولُ الثالث بإسقاط مال الإجارة (١) غيرُ ممكن (٢) .

أما الأسير : إذا كان من هذا الجيش وعاد (٣) : استحق ، قاتل أو لم يقاتل ؛ لأنه في مقاساة أمرِ الكفار .

وإن كان من جيشٍ آخرَ وأُسِرَ (٤) من قبل ، فإن التحق بالصف وقاتل : استحق ، وإلا فقولان .

وإن كان كافرًا وأسلم والتحق بجند الإسلام : استحق السهمَ ، قاتل أو لم يقاتل ؛ لأنه قَصَدَ إعزازَ الإسلام ، والأسيرُ دونه ؛ فإنَّ قَصْدَه الخلاصُ ، والأجيرُ دون الأسير ؛ لأن قصْدَه الإفلاتُ ، وقهرُ الكفار بخلاف قصد الأجير .

المسألة الخامسة (٥) : لا يُعْطَي سهمُ الفرس إلا لراكبِ الخيل ، دون راكبِ الفيل (٦) والناقة والبَغْلَةِ ؛ لأن الكَرَّ والفَرَّ من خاصية الخيل .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « التجارة » .

(٢) قال في الروضة : « تجارة السكر وأهل الحرف ، كالخياطين ، والسرَّاجين ، والبزازين ، والبقالين ، وكل من خرج لغرض التجارة أو معاملة ، إذا شهدوا الوقعة ففي استحقاقهم السهم طرق : المذهب : أنهم إن قاتلوا استحقوا ، وإلا فلا ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وقيل بالاستحقاق مطلقًا ، وهو الأصح عند الروياني ، وبالمنع مطلقًا . وإذ لم نُسْهِمْ لهم فلهم الرضخ على الأصح » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٨٢) .

(٣) في (أ) : « فعاد » .

(٤) في (أ) : « أسر » بدون الواو قبلها .

(٥) في الأصل و (ب) : « الرابعة » ، والمثبت من (أ) .

(٦) في (أ) : « الجمل » .

ثم يستوي فيه العتيقُ – وهو الذي أبواه عربيان – [1] والبِرْذَوْنُ – وهو [1] الذي أبواه أعجميان ، والمُقْرِفُ – [2] وهو الذي أمُّه عربية وأبوه غيرَ عربي [2] ، والهَجِينُ وهو عكس ذلك .

ثم لا يُدْخِلُ الإمامُ في الصف من الخيل إلا شديدًا ، أما الفرسُ الضعيف والأعْجَفُ [3] قال الشافعي – رحمه اللّه – في الأم : قد قيل : يُسْهم له . وقيل : لا يسهم له .

فقال الأصحاب : قولان ، يُنْظَرُ في أحدهما إلى الجيش ويعرض عن الأحوال ، وينظر في الثاني إلى تعذُّر القتال عليه .

ولا شَكَّ أنه إذا أمكن القتالُ عليه اسْتُحق سهمُه .

فروع :

الأول : لو أحضر فرسَيْنْ : لم يستحق إلا لفرسٍ واحد .

قال الشافعي – رحمة اللّه – : لو أعطى للثاني أعطى للثالث ، أي [4] لا ضَبْطَ بعده .

الثاني : أن القتالَ إذا كان على خندق أو على حصن ، [5] واستغنى عن الفرس [5] : فللفارس سهمُه ؛ لأنه ربما يَحْتاج إليه .

---

(١) في (أ) : « فالبرذون فهو » .

(٢) في (أ) : « وهو الذي أمة عربية » ، وفي (ب) : « هو الذي أبوه غير عربي » .

(٣) قال في الروضة : « ليتعهد الإمام الخيل إذا أراد دخول دار الحرب ، فلا يُدْخِل إلا فرسًا شديدًا ، ولا يدخل خطمًا – وهو الكسير – ، ولا قَحْمًا – وهو الهرم – ، ولا صرَعًا – وهو الصغير الضعيف – ، ولا أعجفَ رازحًا – والأعجف : المهزول ، والرازح : هو بيِّنُ الهزال » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٨٣) .

(٤) في (أ) : « إذا » .

(٥) في (أ) : « فاستغنى عن الفارس » .

الثالث : لو كان الفرسُ مستعارًا أو مستأجرًا : فسهُمه لراكبه .

وإن كان مغصوبًا : فقولان - على أن سهمه للمالك أو للغاصب - يَقْرُبان من القولين في أن ما ربحه التاجرُ على المال المغصوبِ بالتجارة للغاصب أم لا [1] ؟

* * *

(١) قال في الروضة : « وأما الفرس المغصوب ، فالمذهب : أنه يسهم له ، ويكون سهمه للغاصب . وقيل : للمغصوب منه . وقيل : لا يسهم له ؛ لأن إحضاره حرام ، فهو كالمعدوم » . روضة الطالبين : (٦ / ٣٨٤) .



كتاب قسم الصدقات

وفيه بابان



الباب الأول في المستحقِّين

وفيه ثلاثه فصول :

الفصل الأول

في بيان الأصناف الثمانية المذكورة في كتاب اللّه تعالى (١)

الصنف الأول : الفقير :

وهو (٢) الذي لا يملك شيئًا أصْلًا ولا (٣) يَقْدِر على الكسب .

والظاهر : أنه لا يُشْترط الزمانةُ ولا التعفُّفُ عن السؤال ، وللشافعي – رضي اللّه عنه – قولان [قديم] (٤) في اشتراطهما .

فروع :

أحدها : أن الفقيرَ القادر على الكسب ؛ إذا لم يقدر إلا بآلة : جاز أن يُعْطَى الآلةَ من سَهم الفقراء ، حتى لو لم يَعْرِف إلا التجارةَ وافتقر إلى ألف درهم يجعله (٥) رأس المال : يجوز أن يعطى .

فكذلك مَنْ يَقْدِرُ أن يكتسب كسبًا لا يليق بمروءته يجوز أن يعطى .

---

(١) وهو قوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملينَ عليها والمؤلفةِ قلوبُهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل اللّه وابن السبيل فريضةً من اللّه واللّه عليم حكيم ﴾ الآية (٦٠) من سورة التوبة .

(٢) في (أ) : « فهو » .

(٣) في (أ) : « فلا » .

(٤) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٥) في (أ) : « يجعلها » .

وكذا المُتَفَقِّهُ ، إذا [(١)] كان يتشوَّش عليه التفقُّهُ إن اشتغل بالكسب ، يُعْطَى سهمَ الفقراء .

والمتصرِّفُ الذي يمنعه الكسبُ عن استغراق الوقت بالعبادات [(٢)] لا يُعطى سهم الفقراء ؛ لأن الكسبَ أولى منه ؛ قال - عليه الصلاة والسلام - : « الكسبُ فريضةٌ بعد الفريضة » .

وقال عمر - رضي الله عنه - : كسبٌ في شبهة خيرٌ من مسألة الناس .

الثاني : المكفِيُّ بنفقة أبيه ، فيه وجهان :

أحدها : لا يُعطى سهم الفقراء ؛ لاستغنائه به .

والثاني : يُعطى ؛ لأنه استحق النفقةَ لفقره ، فتُزَالُ بالصدقة حاجتُه إلى الأب [(٣)] .

وعلى هذا لا يجوز للأب أن يَصْرِفَ إليه زكاتَه ؛ لأنه يدفع به استحقاقَ النفقة عن نفسه ، وله أن يَصْرِفَ إليه سهمَ الغارمين ؛ لأن قضاءَ دَيْنه غيرُ واجبٍ عليه .

الثالث [(٤)] : الفقيرةُ التي لها زوجٌ غَنيٌّ .

---

(١) في (أ) ، (ب) : « إن » .   (٢) في (ب) : « العبادة » .

(٣) قال في الروضة : « المكفيُّ بنفقة أبيه وغيره ممن تلزمه نفقته ، والفقيرة التي ينفق عليها زوج غني ، هل يعطيان من سهم الفقراء ؟ يبنى على مسألة وهي : لو وقف على فقراء أقاربه ، أو أولهم ، وكان في أقاربه ، هل يستحقان سهمًا من الوقوف ولاوصية ؟ فيه أربعة أوجه : أصحها : لا ، قاله أبو زيد والخضري ، وصححه الشيخ أبو علي وغيره . والثاني : نعم . قاله ابن الحداد . والثالث : يستحق القريب دون الزوجة ؛ لأنها تستحق عوضًا ، وتستقر في ذمة الزوج ، قاله الأودني . والرابع : عكسه . والفرق : أن القريب تلزم كفايته من كل وجه ، حتى الدواء وأجرة الطبيب ، فاندفعت حاجاته ، والزوجة ليس لها إلا مقدر ، وربما لا يكفيها . وأما مسألة الزكاة ، فإن قلنا : لا حق لها في الوقف والوصية ، فالزكاة أولى ، وإلا فيعطيان على الأصح . وقيل : لا يعطيان ، وبه قال ابن الحداد » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٠٩ ، ٣١٠) .

(٤) في (أ) : « الثالثة » ، وهو خطأ .

وفي صرف سهم الفقراء والمساكين إليها وجهان قريبان على المكفيِّ بالأب / ١٤٦، /ب وأولى بالمنع ؛ لأن استحقاقَها النفقةَ ليس بالحاجة ، [بل عوضًا عن الحبس] (١) ، فكان كما لو استغنت باستحقاق المَهْرِ .

فإن جوَّزنا ، فلا فَرْقَ بين الزوج والأجنبيِّ ؛ إذ لا تندفعُ النفقةُ عن الزوج بزوال فقرها .

الصنف الثاني : المساكين :

وهو (٢) كلُّ مَنْ مَلَكَ ما يقع من كفايته موقعًا ، ولكن لا يَفِي بكفايته ، ويَدْخُلُ فيه كلُّ مَنْ له كسبٌ ولكن لا يفي دَخْلُه بخَرْجِهِ .

والقادر على كسبٍ يفي بخَرْجه (٣ لم يُعْطَ ٣) .

وقال مالك : مَنْ مَلَكَ نصابًا (٤ لم يعطَ ٤) بحال ، وإن لم يملك : أُعْطِي وإن كان كَسُوبًا .

والفقير (٥ عندنا أشدُّ حالًا من المسكين ٥) خلافًا لأبي حنيفة ؛ إذ قال : المسكين من لا شيء له .

وقد قال الله تبارك وتعالى : ﴿ أَمَّا ٱلسَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَٰكِينَ يَعْمَلُونَ فِى ٱلْبَحْرِ (٦) ﴾ (٧) .

وكان (٨) رسول الله ﷺ يتعوَّذُ من الفقر ويقول : « [اللهم] (٩) أَحْيِني مسكينًا

(١) زيادة من (ب) .
(٢) في (أ) : « فهو » .
(٣) في (أ) : « لا يعطى » .
(٤) في (أ) : « لا يعطى » .
(٥) في (أ) : « أشد حالًا من المسكين عندنا » .
(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .
(٧) من الآية (٧٩) من سورة الكهف .
(٨) في (أ) : « فكان » .
(٩) زيادة من (أ) .

وأمتْني مسكينًا » [1] .

فتدل [2] الآيةُ على أن المسكينَ له شيءٌ ، والخَبَرُ دلَّ على أن الفقيرَ أشدُّ حالًا .

الصنف الثالث : العاملون على الزكاة .

وهم السُّعَاةُ والحُسَّاب [3] ، والكُتَّاب ، والقسَّامون ، والحاشر ، والعَرِيف .

وأما [4] القاضي والإمام فلا ، ورزقُهم في خمس الخمس المُرْصَدِ للمصالح العامة ؛ لأن عملهم عام .

ورُوِيَ أن عمر بن الخطاب - رضي اللّه عنه - أرصد [5] لنفسه ناقةً من الفيء يُفْطِرُ على لَبَنِها ، فأبطأت ليلةً في المرعى فحُلِبَ [له] [6] من نَعَمِ الصدقة فأعجبه ذلك فسأل عنه ، فقيل [له] [7] : إنه من نَعَمِ الصدقة . فأدخل أصبعه في حَلْقِه واستقاءه [8] ، وغرم قيمتَه من المصالح .

فرعان :

أحدهما : في أجرة الكيَّال وجهان :

أحدهما : أنه من سهم العاملين ؛ إذ به يَتمُّ العملُ ، وإيجابه [على المالك] [9]

---

(١) رواه الترمذي : (٤ / ٤٩٩) (٣٧) كتاب الزهد (٣٦) باب ما جاء في فضل الفقر عن أنس ، رقم : (٢٣٥٢) ، عن أبي سعيد الخدري رقم : (٤١٢٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى : (٧ / ١٢) كتاب قسم الصدقات - باب ما يُسْتدل به على أن الفقير أَمَسُّ حاجةً من المسكين . عن أنس ، وعبادة بن الصامت . وصححه الشيخ الألباني في الإرواء : (٣ / ٣٥٨) رقم : (٨٦١) .

(٢) في (أ) : « فدلت » .

(٣) في (أ) : « فالحساب » .

(٤) في (أ) : « أما » بدون الواو .

(٥) في (أ) : « أرصد » .

(٦) زيادة من (أ) .

(٧) زيادة من (أ) .

(٨) في (أ) : « فاستقاءه » .

(٩) زيادة من (أ) .

إيجابُ زيادةٍ على العُشْر . وهو اختيار أبي إسحاق .

وقال ابن أبي هريرة : على المالك ؛ لأنه للإيفاء ، وهو واجب عليه [١] .

الثاني : إن فَضَلَ الثَّمَنُ عن أجرةِ مِثْلِ العامل صُرِفَ إلى بقية الأصناف ، ولا يزاد على أجرة المثل ؛ لأنه عِوضُ العمل .

وإن نقص عن أجرة عملهم ، فقد قال الشافعي - رضي اللّه عنه - : يُتَمَّمُ من بيت المال ، ولو قيل : يُتَّمم من بقية الأصناف فلا بأس .

فَمن الأصحاب من قال : قولان . ومنهم من قال : يتخير الإمامُ وينظر إلى سَعَةِ الصدقات وسَعَةِ بيت المال ويَتَّبِعُ فيه المصلحةَ [٢] .

الصنف الرابع : المُؤَلَّفَةُ قلوبُهم :

ومَنْ ينطلق عليهم هذا الاسمُ ثلاثةُ أقسام : .

الأول : كافرٌ يُتَأَلفُ قلبُه ؛ لارتقاب إسلامه ، وإما لاتِّقاءِ شرِّه ، وإما لأنه رجلٌ مطاع يُسْلِمُ بإسلامه جماعةٌ منهم [٣] .

فهذا لا يُعْطَى أصْلًا ، أما من الصدقات فلأنَّه لاصدقةَ لكافر . وأما من المصالح فلأنَّا لا نُعْطِي على الإسلام شيئًا ، فمن شاء فلْيُؤْمِنْ ، ومن شاء فليكفر . هكذا قال عمر

---

(١) قال في الروضة : « وفي أجرة الكيال والوزان وعادِّ الغنم وجهان : أحدهما : من سهم العاملين ، وأصحهما : أنها على المالك ؛ لأنها لتوفيق ما عليه ، فهي كأجرة الكيال في البيع ، فإنها على البائع .

قلت : هذا الخلاف في الكيال ونحوه ، ممن يميز نصيب الفقراء من نصيب المالك . فأما الذي يميز بين الأصناف فأجرته من سهم العاملين بلا خلاف » . روضة الطالبين : (٢ / ٣١٣) .

(٢) المذهب إن نقص سهم العاملين عن أجرة عملهم : أنه يكمل من مال الزكاة ثم يقسم . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٨) .

(٣) كلمة : « منهم » ليست في (أ) ، (ب) .

رضي اللّه عنه .

وقد أعطى رسولُ اللّه ﷺ صفوانَ بن أمية لهذا التأليف[(١)] ، ولكن أعطى[(٢)] من خمس الخمس ، فكان خاصَّ ملكِه[(٣)] .

القسم الثاني : مسلمٌ له شرفٌ وله نظراءُ في الكفرِ يُتَوَقَّعُ بإعطائه رغبةُ نظرائه في الإسلام .

أعطى أبو بكر - رضي اللّه عنه - عدي[(٤)] بن حاتم الطائي ثلاثين بعيرًا .

ويلتحق به مَنْ غيرُ صادقٍ في الإسلام ، فيُخْشَى عليه التغيُّر ، فيعطى ؛ تقريرًا على الإسلام .

أعطى رسولُ اللّه ﷺ عيينة [بن حصن][(٥)] والأقرع بن حابس كلَّ واحدٍ منهما مائةً من الإِبل[(٦)] .

وفي الإعطاء بهذين الشيئين لهذا القسم قولان :

أحدهما : لا ؛ لأن الإسلامَ غَنيٌّ عن التأليف[(٧)] بعد أن أعزَّه اللّهُ [تعالى][(٨)] بالظهور .

والثاني : نعم ؛ تأسِّيًا برسول اللّه ﷺ ، وعلى هذا قولان :

---

(١) في (أ) ، (ب) : « التألُّف » . (٢) في (أ) : « أعطاه » .

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى : (٧ / ١٧) كتاب الصدقات ، باب من يعطى من المؤلفة قلوبهم عن رافع بن خديج . وصححه الألباني في إرواء الغليل : (٣ / ٣٦٧) برقم : (٨٦٣) .

(٤) في (أ) : « لعدي » . (٥) زيادة من (ب) .

(٦) الحديث رواه مسلم : (٢ / ٧٤١) (١٢) كتاب الزكاة (٤٧) باب ذكر الخوارج وصفاتهم برقم : (١٠٦٤) عن أبي سعيد الخدري .

ورواه البخاري : (٧ / ٦٦٥) (٦٤) باب بعث علي بن أبي طالب عليه السلام وخالد بن الوليد إلى اليمن قبل حجة الوداع برقم : (٤٣٥١) عن أبي سعيد الخدري نحوه .

(٧) في (أ) ، (ب) : « التألف » . (٨) زيادة من (أ) ، (ب) .

أحدهما : يُعْطَى من المصالح ؛ لأن هذه مصلحةُ الإسلام .

والثاني : من الزكوات إذا ثبت سهمُ المؤلفة ، وهؤلاء أقربُ قومٍ إلى موجب اللفظ ؛ إذ تنزيلُه على الكفار (١) غيرُ ممكن .

القسم (٢) **الثالث** : قوم لا يأخذون شيئًا من الفيء ، وهم (٣) بالقرب من الكفار ونيتُهم (٤) غيرُ صادقةٍ (٥ في الجهاد ٥) . وتألُّفُ قلبِهم (٦) بإعطاء شيء للجهاد أهونُ من بَعْثِ سريةٍ إلى تلك الجهة .

ويلتحق بهؤلاء قومٌ لا تصدق نيتُهم في أخذ الزكاة ممن يَقْرُبُون منهم ، وتألُّفهم لطلب الزكوات من الأغنياء بأنفسهم - حتى يستغنيَ سعاةُ الإمام عن التوجُّه إليهم - أيسرُ من بعث السعادة .

فهؤلاء يعطون بهذين الشيئين قولًا واحدًا ، ولكن في محل العطاء أربعة أوجه :

أحدها : أنه من المصالح ، إذ المصلحةُ عامةٌ .

والثاني : من الصدقات ، وهو سهمُ المؤلفة .

والثالث : من سهم سبيلِ اللّه ؛ فإنه تألُّفٌ على الجهاد والغزو .

والرابع : إن رأى الإمامُ أن يجمع بين سهم المؤلفة وسهم سبيل اللّه - تعالى - فعل لاجتماع المعنيين .

الصنف الخامس : الرقاب :

ويصرف (٧) من الصدقات إلى المكاتِبين الذين عجزوا عن أداء النجوم .

---

(١) في (أ) : « الكافر » .

(٢) في (أ) : « الفصل » .

(٣) كلمة : « هم » ليست في (أ) .

(٤) في (أ) : « فنيتهم »

(٥) في (أ) : « للجهاد » .

(٦) في (أ) : « قلوبهم » .

(٧) في (أ) : « تصرف » .

وقال مالك - رحمه اللّه - : يشتري به عبيدًا ويعتقون .

فروع أربعة :

الأول : ليس للسيد صَرْفُ زكاتِه إلى مكاتبِ نَفْسِه ؛ لأنه عبدهُ ما بقي عليه درهمٌ .

الثاني : يُعْطَى المكاتبُ قَدْرَ دَيْنِه بعد حلول النَّجْمِ ، وهل [١] يُعْطَى قبله ؟ [فيه][٢] وجهان [٣] : يُنْظَر في أحدهما إلى الوجوب ، وفي الآخر إلى عدم المطالبة .

الثالث : إذا سُلِّمَ [٤] إليه فأعتقه السيدُ [٥] متبرعًا ، أو [٦] أبرأه عن النجوم ، أو تبرَّع غيرُه بإعطائه وبالجملة : استغنى عما أخَذَه .

فإن كان ذلك قد تَلِفَ في يده قبل العتق - ولو بإتلافه - فلا غرْمَ عليه .

وإن كان باقيًا في يده ، فالظاهر : أنه يُسْتَرَدُّ منه لانتفاء الحاجة . وقيل : فيه قولان :

وإن كان قد سلم إلى السيد ، ثم عجّزه / السيدُ ببقية النجُوم والعينُ قائمةٌ في يد ١٤٧/أ السيد فالظاهر : أنه يُسْتَرَدُّ . ومنهم من طرد القولين .

الرابع : الأَوْلَى أن يُدْفَعَ إلى السيد لإذن المكاتب فلو سُلِّم بغير إذنه : لم يَجُزْ ، ولو سُلِّمَ إلى المكاتب بغير إذن السيد : جاز ؛ لأنه الأصلُ في الاستحقاق .

الصنف [٧] السادس : الغارمون :

والديون ثلاثة :

---

(١) في (أ) : « فهل » .

(٢) زيادة من (ب) .

(٣) الأصح : أنه يجوز الصرف قبل حلول النجم . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣١٥) .

(٤) في (أ) : « أسلم » .

(٥) في (أ) ، (ب) : « سيده » .

(٦) في (أ) : « و » .

(٧) في (أ) : « الفصل » .

الأول : دَيْنٌ لزمه بسببِ نَفْسِه ، فيقضى [(١)] من الصدقات بثلاث شرائط :

أن يكون الدَّيْنُ حالًّا ، والسببُ الذي فيه الاستقراضُ مباحًا ، (٢ وأن يكون هو ٢) مُعْسِرًا .

فإن كان مُوسِرًا : فلا يُعطى .

وإن كان مؤجَّلًا وله صَنيْعَةٌ وَقَفٍ يَدْخُلُ منها قدْرُ الدين : فلا يعطى ، وإن لم يكن فوجهان كالمكاتب [(٣)] .

وإن كان السببُ معصيةً كثَمَنِ الخمرِ أو السَّرَفِ في الإنفاق ، فإن كان مُصِرًّا : لا [(٤)] يعطى ، وإن كان تائبًا فوجهان [(٥)] ، يُنْظَرُ في أحدهما إلى الحال ، وفي الثاني إلى أول [الدين] [(٦)] .

الثاني : ما لزمه بسبب حَمَالَة تبرع بها ؛ تَطْفِيَةً لثائرة فتنة بين شخصين في قتيل أو (٧ في أمر تَعْظُمُ ٧) الفتنةُ فيه .

فإن كان معسرًا : يُقْضَى (٨ دَيْنُه ، وكذا ٨) إن كان يسارُه بالضِّباعِ والعُرُوض .

وإن كان غنيًّا بالنقد فوجهان :

---

(١) في (أ) : (ب) : « يقضي » .

(٢) في (أ) : « ويكون » .

(٣) قال في الروضة : « فإن كان مؤجلًا ففي إعطائه أوجه . ثالثهما : إن كان الأجل تلك السنة أعطي ، وإلا فلا يعطى من صدقات تلك السنة . قلت : الأصح لا يعطى ، وبه قطع في البيان ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٢ / ٣١٨) .

(٤) في (أ) : « فلا » .

(٥) جزم الرافعي في المحرر بأنه لا يعطى . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣١٧) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « أمر عظيم » .

(٨) في (أ) : « ديونه » .

أحدهما : لُيقْضَى كالغني بالعقار ؛ لأن سببَ قضائه كونُه مصروفًا إلى مصلحة [(١)] .

والثاني : لا ؛ لأن في تكليفِ بيع العقار هتكًا لمروءته .

الدين الثالث : دينٌ لزمه بطريق الضمانِ عن شخص ، فإن كانا مُعْسِرَيْن – أعْني الضامنَ والمضمونَ عنه – قضي من سهم الغارمين .

وإن كانا موسرَيْن ، أو كان المضمونُ عنه موسرًا : فلا يقضى ؛ لأنه فائدتَه ترجع [(٢)] إلى الموسر .

وإن كان الضامنُ موسرًا والمضمونُ عنه معسرًا فوجهان :

أحدهما : يُقْضَى ، كما في الحَمَالَة ؛ لأن الضمانَ أيضًا من المروءات .

والثاني : لا [(٣)] ؛ إذ صَرْفُه إلى المضمون عنه المعسرِ ممكنٌ وفيه [(٤)] إسقاطٌ للضمان [(٤)] .

أما إذا كان المضمونُ عنه موسرًا ولكن امتنع الرجوعُ بسببٍ ، فمطالبتُه الموسر بقضاءِ الدين حتى يبرأ الضامنُ – ممكنٌ ، بخلاف مسألة الحَمَلة [(٥)] .

[و] [(٦)] قال ابو حنيفة – رضي اللّه عنه – : لا يُقْضَى دَيْنُ غَنيٍّ قَطُّ .

وهو مخالف لقوله ﷺ [(٧)] : « لا تَحِلُّ الصدقةُ لغنيٍّ إلا لخمسة : غازٍ في سبيل اللّه ،

---

(١) هذا الوجه هو الصحيح . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣١٨) .

(٢) في (ب) : « يرجع » .

(٣) هذا هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣١٩) .

(٤) في (أ) ، (ب) : « إسقاطُ الضمان » .

(٥) قال في الروضة : « إذا كان المضمون عنه موسرًا والضامن معسرًا ، فإن ضمن بإذنه لم يعطَ ؛ لأنه يرجع ، وإلا أعطي في الأصح » . روضة الطالبين : (٢ / ٣١٩) .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) في (أ) : « عليه السلام » .

أو عاملٍ ، أو غارم ، أو رجلٍ اشتراها بماله ، او رجلٍ له جارٌ مسكينٌ فتصدَّق عليه فأهداها إليه » [١] .

الصنف السابع : المجاهدون في سبيل الله .

وهم المُطَّوِّعَةُ من الغُزَاة الذين لا يأخذون من الفيء ولا اسْمَ لهم في الديوان . يُعْطَونَ هذا السهمَ للصرف إلى السلاح والفرس والنفقة إعانةً على الغزو وإن كانوا أغنياء .

فأما من له اسمٌ في الديوان ، فلا يعطى من الصدقة ؛ لأن حقَّهم في الفيء ، إلا إذا قاتلوا مانعي الزكاة ، وكان قتالُهم كالعمل على تحصيل الزكاة ، فلا يَبْعُدُ أن يُعْطَوْا سهمَ العاملين .

الصنف الثامن : ابن السبيل :

وهو الذي شَخَصَ من بَلَدِه ، أو [٢] اجتاز به ، يُصْرَف إليه سهمٌ وإن كان معسرًا ، وإن كان له ببلدٍ آخرَ مالٌ أُعْطِيَ قَدْرَ بلغته إليه .

وهذا بشرط أن يكون السفرُ طاعةً ، فإن كان معصية فلا . وإن كان مباحًا فيعطى [٣] .

وفي طريقة العراق وجه : أنه يُشْتَرط كونُه طاعةً .

---

(١) رواه أبو داود في سننه : (٢ / ٢٨٦) (٣) كتاب الزكاة (٢٤) باب مَنْ يجوز له أخذ الصدقة وهو غني حديث (١٦٣٥) . ورواه البيهقي في سننه الكبرى : (٧ / ١٥) كلاهما من طريق ملاك عن زيد ابن أسلم عن عطاء بن يسار مرفوعًا . ورواه ابن ماجه في سننه : (١ / ٥٩٠) (٨) كتاب الزكاة (٢٧) باب من تحل له الصدقة حديث (١٨٤١) . ورواه أحمد في مسنده : (٣ / ٥٦) كلاهما من طرق عن أبي سعيد الخدري مرفوعًا .

(٢) في (أ) : « فكان » .

(٣) في الأصل ، (ب) : « و » ، والمثبت من (أ) ، وهو الأولى .

فرع :

إذا منعنا نقلَ الصدقة ، فالشاخصُ من بلد من أبناءِ سبيل ذلك البلد ، قولًا واحدًا .

وكذا المجتاز به على الأظهر [(١)] .

وفي المجتاز وجه : أنه ليس من أبناء سبيلِ ذلك البلد .

[(٢] وقال أبو حنيفة : المجتازُ هو من أبناء سبيلِ ذلك البلد [٢)] ، دون الشاخص .

* * *

(١) وهو المذهب . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢١)

(٢) ما بين القوسين ليس في (أ) .

الفصل الثاني

في موانع الصرف مع الاتصاف بهذه الصفات

وهي [١] **ستة :**

الأول : الكفر :

فلا تُصْرَفُ [٢] زكاةٌ إلى كافر ، وإن وُجِدَ الفقرُ والمسكنةُ .

الثاني : أن يكون مستحقًّا للنفقة على مَنْ يُخْرِجُ الزكاةَ كالابن مع الأب .

الثالث : أن يكون المالُ غائبًا عن بلد الآخذ ، فيمتنع على رأيٍ من جهة نقل الصدقة .

الرابع : أن يكون الآخذُ من المرتزقة ثابتَ الاسم في الديوان ، فلا تصرف [٣] إليهم الصدقاتُ ، كما لا يصرف خمسُ الخمس إلى أهل الصدقات ؛ لأن لكلٍّ حزبٍ مالًا مخصوصًا بهم بنصِّ الكتاب [٤] .

فإن لم يكن في بيت المال شيءٌ للمرتزقة ، واتَّسع مالُ الصدقات ، ذكر العراقيون قولين :

أحدهما : يُصْرَف إليهم ؛ لتحقُّق صفةِ الاستحقاق مع عجزهم عن مالهم .

---

(١) في (أ) : « فهي » .

(٢) في (ب) : « يصرف » .

(٣) في (ب) : « يصرف » .

(٤) يشير بذلك إلى أن اللّه تعالى خصَّ الصدقات لأصناف معينة ، وهي المذكورة في قوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل اللّه وابن السبيل ﴾ (التوبة : ٦٠) . وهي التي مر الحديث عنها سابقًا . كما أنه تعالى نصَّ على توزيع الغنيمة في قول تعالى : ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن للّه خُمُسه وللرسول ولذي القربي واليتامى والمساكين وابن السبيل ﴾ (الأنفال : ٤١) .

والثاني : لا (1) ؛ لأن مالَهم هو الفيء بنص الكتاب .

فعلى هذا إن خَفَّت الضرورةُ ولم يَسْتَغْنِ الإمامُ عن المرتزقة ، وجب على أغنياء المسلمين إعانتُهم من رءوس أموالهم .

فإن قلنا : يُعْطَوْن من الصدقات ، فإنما يعطون من سهم سبيل اللّه تعالى .

الخامس : أن يكون من بني هاشم وبني المطلب ، فقد حَرم عليهم أوساخُ أموال الناس بما أُعْطَوْا من خُمْسِ الخمس .

فأما (2) سهمُ العاملين : هل (3) يجوز أن يصرف إليهم إذا عملوا ؟ وجهان (4) ، وكذا في المرتزقة (5 إذا عملوا 5) ؛ بناءً على أنه أجرةٌ أو (6) صدقة ؟

وهو مركَّبٌ من الشيئين ؛ إذ لا تُصْرَف إلى كافرٍ قطعًا ، ولا يُسْتَعْمَلُ الكافرُ ، ولا يزاد على أجر المثل في حق المسلم (7) . فهذا يدل على اجتماع المعنيَيْنْ .

وهل (8) يصرف إلى مولى ذوي القربي ؟ فيه (9) وجهان :

أحدهما : نعم ؛ إذ لا نَسَبَ له .

---

(1) هذا القول هو الأظهر . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢١) .

(2) في (أ) : « وأما » .

(3) في (أ) : « فهل » .

(4) الأصح من هذين الوجهين : أنه لا يحل لهم سهم العاملين . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٢) .

(5) قوله : « إذا عملوا » ليس في (أ) .

(6) في (أ) ، (ب) : « أم » .

(7) في (أ) : « المسلمين » .

(8) في (أ) : « فهل » .

(9) قوله : « فيه » ليس في (ب) .

والثاني : لا [١] ؛ لأنه رُوي أنه سُئل ﷺ [٢] عن ذلك فقال : « إنَّا أهلُ بيتٍ لا تَحِلُّ لنا الصدقةُ ، وإنما مولى القوم منهم [٣] » .

السادس : أن يكون قد أخذ سهمَ الصدقاتِ بجهة واتَّصف بجهةٍ أخرى ، كالفقير الغارمِ إذا أخذ سهمَ الفقراء وطالب سهمَ الغارمين ، ففيه طرق ثلاثة :

أحدها : أنه لا يُجْمَع ، بل يقال له : اخْتَرْ أيَّهما شِئْتَ ؛ لأن عددَ الأصناف مقصود .

وعلى [٤] هذا سهمُ العاملين يجوز أن يُجْمَعَ إلى غيره إذا غلَّبنا مشابهَ الأجرة .

الثاني : أن فيه قولين [٥] ، يُنْظَرُ في أحدهما إلى اتحاد الشخص ، وفي الآخر إلى تعدُّد الصفة .
الثالث : أنه إن تجانس السببان ، مثل أن يستحق الكلَّ لحاجته ، كالفقر وغرمٍ [٦] لزمه لغرضِ نَفْسِه فلا يجمع .

وكذا الغازي الغارم لإصلاح ذات البَيْنْ ، فإنَّ كلَّ واحدٍ لحاجة المسلمين لا لحاجته .

وإن اختلف السببُ ، بأن استحق أحدَهما لحاجته ، والآخرَ لحاجة غيره : فيجمع .

* * *

---

(١) هذا الوجه هو الأصح . انظر روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٢) .

(٢) في (أ) ، (ب) : « عليه السلام » .

(٣) رواه أبو داود : (٢ / ٢٩٨) (٣) كتاب الزكاة (٢٩) باب الصدقة على بني هاشم برقم : (١٦٥٠) ، ورواه الترمذي : (٣ / ٤٦) (٥) كتاب الزكاة (٢٥) باب ما جاء في كراهية الصدقة للنبي ﷺ وأهل بيته ومواليه برقم : (٦٥٧) ، ورواه النسائي : (٥ / ١٠٧) (٩٧) باب مولى القوم منهم برقم : (٢٦١٢) عن أبي رافع . ورواه أحمد في مسنده : (٤ / ٣٤ ، ٣٥) بإسناده عن ميمون (أو مهران) مولى النبي ﷺ أن النبي ﷺ قرَّ عليه فقال له : « يا ميمون (أو يا مهران) إنا أهل بيت نهينا عن الصدقة ، وإن موالينا أنفسنا ، ولا نأكل الصدقة » . والحديث صححه الشيخ الألباني كما في السلسلة الصحيحة : (٤ / ١٤٩) برقم : (١٦١٣) .

(٤) في (أ) : « فعلى » .

(٥) هذا الطريق هو أصح الطرق ، وأظهر هذين القولين : أنه يأخذ بإحدى الصفتين ، فيأخذ بأيتهما شاء .

(٦) في (أ) : « فيغرم » .

الفصل الثالث

فيما يُعْرَف به وجودُ الصفات

وهي منقسمة إلى خَفِيَّةٍ وجَلِيَّة .

أما الخفية : كالفقر والمسكنة ، فلا يُطالب بالبينة ؛ لتعذرها ، إلا إذا ادَّعى المسكينُ عيالًا ، فيطالب لإظهاره ؛ لإمكانه .

وهل [1] يُحَلَّف الفقيرُ إذا اتُّهم ؟ فيه وجهان :

فإن قلنا : يُحَلَّف فاستحبابٌ أم [2] إيجاب ؟ فوجهان [3] .

أما ما يَظْهَر : فإن كان يأخذ لغرضٍ مُرْتَقَبٍ كالغازي وابن السبيل : فيعطى بغير يمين ، ثم إن لم يَغْزُ ولم يسافر : اسْتُرِدَّ .

ومن يأخذ لغرضٍ ناجزٍ ، كالمكاتب والغارم : فيطالب بالبينة ؛ لإمكانها ، وإقرارهُ مع حضور مستحِقِّ الدَّين كالبينة [4] .

وفيه وجه : أنه لا يُقْبَل ؛ لتهمة المُوَاطَأَة .

وإن استفاض كونُه مديونًا أو مكاتبًا ، وحصل غلبةُ الظن : فلا بأسَ بتَرْكِ الاستقصاء في البينة .

أما المؤلَّفُ قلبُه إن قال : أنا شريفٌ مطاعٌ ، طُولِبَ بالبينة ؛ لإمكانها .

وإن قال : نيتي في الإسلام ضعيفة ، صُدِّق ؛ لأن كلامَه برهانُ كلامِه .

* * *

---

(١) في (أ) : « فهل » .

(٢) في (أ) ، (ب) : « أو » .

(٣) قال في الروضة : « وإذا اتهمه الإمام ، فهل يحلف ؟ فيه وجهان ، أصحهما : لا . فإن حلفناه ، فهل هو واجب أم مستحب ؟ وجهان . فإن نكل – وقلنا : اليمين واجبة – لم يُعْطَ . وإن قلنا : مستحبة ، أعطي » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٣) .

(٤) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٣) .

الباب الثاني

في كيفية الصَّرْف إلى المستحقين

(وفيه ثلاثة [١] فصول)

الفصل الأول : في القدر المصروف إلى كلِّ واحدٍ [منهم] [٢]

وفيه مسائل :

الأولى : استيعابُ الأصناف الثمانيةِ واجبٌ إن [٣] كانوا موجودين .

وقال أبو حنيفة - رحمه اللّه - : يجوز صَرْفُه إلى صَنْفٍ واحد .

أما آحادُ كلِّ صَنْفٍ فلا يجب استيعابُهم ؛ إذ لا حَصْرَ لهم . ثم يُقْتَصر على أقلِّ الدراجات ، وهو [٤] ثلاثة ؛ لأنه أقلُّ الجمع ، فإن أمكن الاستيعابُ لانحصارهم فهو أولى .

ويحتمل أن يقال : يجب الاستيعابُ عند الإمكان .

الثانية : يجب التسويةُ بين سهام الأصناف الثمانية ، فلكلِّ صَنْفٍ ثُمْنُ الصدقة ، فإن عُدِمَ صنفٌ وُزِّعَ [٥] الكلُّ على الباقي ، فلكلٍّ سُبعٌ ، وعلى هذا الحساب . وإنما هذا على المالك .

فأما الساعي فيجوز له أن يصرف صدقةَ واحدٍ إلى شخص واحد ؛ لأنه إذا وصل

---

(١) في (أ) : « أربعة » ، وهو خطأ .

(٢) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٣) في (أ) ، (ب) : « إذا » .

(٤) في (أ) : « فهي » .

قال في الروضة : « لا ينقص الذين ذكرهم اللّه تعالى بلفظ الجمع من الفقراء وغيرهم عن ثلاثة إلا العامل ، فيجوز أن يكون واحدًا . وهل يكتفى في ابن السبيل بواحد ؟ فيه وجهان ، أصحهما : المنع ، كالفقراء . وقال بعضهم : ولا يبعد طرد الوجهين في الغزاة ؛ لقوله تعالى : ﴿ وفي سبيل الله ﴾ [التوبة : ٦٠] بغير لفظ الجمع » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٩) .

(٥) في (أ) : « يوزع » .

إليه فكأنَّه وصل إلى المستحقين .

فالنظر إلى الإمام في التعيين ، فجميعُ الزكوات في يده كزكاةِ رجلٍ واحدٍ في يد نَفْسِه .

أما آحادُ الصنف فلا يجب التسويةُ بينهم ، بل المتَّبَعُ مقاديرُ الحاجة . فإن تساوت أحوالُهم فالتسوية أولى . وقيل بالوجوب .

فإن صَرَفَ إلى اثنين : غَرِمَ للثالث أقلَّ ما يُتموَّلُ على أقيس الوجهين ؛ لأنه يكفيه ذلك القدرُ لوسلَّمه إليه [ابتداءً] [١] . وعلى الوجه الثاني : يغرم الثلث [٢] .

الثالثة : يُعْطَى الغارمُ والمكاتب قَدْرَ دَيْنِهما ، ولا يزاد ، و[يعطى] [٣] الفقير والمسكين ما بلَغَ به أدنى الغنى ، ولا يزيد ، وهو كفايةُ سنة .

ويُعْطَى المسافرُ ما يُبَلِّغُه إلى المقصد أو إلى موضع ماله ويُعْطِي الغازيَ الفرسَ والسلاحَ ، وإن شاء أعاره ، أو استأجر له ، أو اشترى بهذا السهم أفراسًا وأرصدها لسبيل اللّه وفقًا عليهم .

ويُعطيهم من النفقة مازاد بسبب السفر [٤] ، وهل [٥] يُعْطِي أصلَ النفقة ؟ وجهان :

أحدهما : لا ؛ لأنه لا ضرورةَ بينةٌ ، وإن لم يسافر [فلا يعطى ما يزيد بسفره] [٦] .

والثاني : أنه [٧] يُعْطِي الكلَّ ؛ فإنه [٨] متجردٌ للغزو .

* * *

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) كلمة : « الثلث » ليست في (أ) .

(٣) زيادة من (أ) .

(٤) الأصح : أنه يعطيهم جميع كفايتهم . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٢٦) .

(٥) في (أ) : « فهل » .

(٦) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٧) قوله : « أنه » ليس في (أ) .

(٨) في (أ) : « لأنه » .

الفصل الثاني

في نقل الصدقات إلى بلدة أخرى

وفيه ثلاثة أقوال :

أحدها : الجواز ؛ لعموم الآية [١] .

والثاني : المنع ؛ لمذهب معاذ ، ولقوله - عليه الصلاة والسلام - : « أَنْبِئْهم أنَّ عليهم صدقةً تُؤْخَذُ من أغنيائهم ، وتُرَدُّ في [٢] فقرائهم [٣] » . فيدل على الحصر في البلد ، ولأن أعينَ المساكين ممدودةٌ إلى المال وفي النقل إضرارٌ .

والثالث : أنه لا يجوز النقلُ ، ولكن تَبْرَأُ [٤] ذمتُه ، كما لا يجوز التأخيرُ في الزكاة ولكن تبرأ ذمته .

ومن الأصحاب من طَرَدَ هذا الخلافَ في مال الوصية والكَفَّارات والنُّذُور ، وهو بعيد ؛ لأنه لا تمتدُّ إليه الأعَينُ فإنها غيرُ متكررة [٥] .

---

(١) وهي قوله تعالى : ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين ... ﴾ (التوبة : ٦٠) .

(٢) في (أ) : « على » .

(٣) الحديث رواه البخاري : (٢ / ١٣٣) (٢٤) كتاب الزكاة (١) باب وجوب الزكاة برقم : (١٣٩٥) ، رواه مسلم : (١ / ٥٠) (١) كتاب الإيمان (٧) باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام » برقم : (١٦) .

(٤) في (ب) : « يبرأ » .

(٥) قال في الروضة : « في جواز نقل الصدقة إلى بلد آخر - مع وجود المستحقين في بلده - خلاف ، وتفصيل المذهب فيه عند الأصحاب : أنه يحرم النقل ، ولا تسقط به الزكاة ، وسواء كان النقل إلى مسافة القصر أو دونها ، فهذا مختصر ما يفتى به .

وتفصيله : أن في النقل قولين أظهرهما : المنع . وفي المراد بهما طرق : أصحها : أن القولين في سقوط الغرض ، ولا خلاف في تحريمه . والثاني : هما في التحريم والسقوط معًا . والثالث : أنها في التحريم ، ولا خلاف أنه يسقط . ثم قيل : هما في النقل إلى مسافة القصر فما فوقها ، فإن نقل إلى دونها جاز ، والأصح : طرد القولين . قلت : وإذا منعنا النقل ، ولم نعتبر مسافة القصر ، فسواء نقل إلى قرية بقرب البلد أم بعيدة . صرح به صاحب « العدة » وهو ظاهر ، والله أعلم » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٣٢) .

فأما صدقةُ الفطر : فحكمُها حكمُ الزكاة في منع النقل ووجوب الاستيعاب .

وقال الإصطخري : يجوز صَرْفُها [1] إلى صَنْفٍ واحدٍ ؛ لقلته .

فإن منعنا النقل ، ففيه مسائل :

الأولى : تُعْتبر [2] بلدةُ المالِ ويُفَرَّق [3] بها ، لا بلدةُ المالك .

وفي صدقة الفطر وجهان ، والأظهر : رعايةُ بلدة المالك ؛ لأنَّ ذلك صدقة الرءوس ، وهذه صدقةُ الأموال .

ثم لو كان المال في الحول في بلدتين ، فالنظر إلى وقت الوجوب . والبلدي هو الحاضر في البلد وقت أخذ الصدقة وإن كان غريبًا .

الثانية : لو امتدَّ طولُ البلدة / فَرْسَخًا ، فحكمُها واحدٌ . ١٤٨/أ

نعم ، الصرف إلى الجيرانِ أولى ، كما أنه إلى الأقارب أولى ، والقريب الذي ليس بجارٍ أولى من الجار الأجنبيِّ . أما القريةُ فلا تنقل [4] منها الصدقةُ إلى قرية أخرى ، بخلاف المحَلَّتَيْنِ .

فأما أهل الخيامُ ، فإن كانوا مجتازين لا مُقَامَ لهم ، فصدقتهم لمن يَدُور معهم من الأصناف ، فإن لم يكن معهم فلأقرب بلدةٍ إليهم وقت تمام الحول .

وإن كانوا ساكنين مجتمعين على التقارب ، فيَحِلُّ النقلُ إلى ما دونَ مسافةِ القصر وفوقها ؛ إذ لا فاصلَ سواه .

---

(١) في الأصل ، (أ) : « صرفه » ، والمثبت من (ب) وهو أولى .

(٢) في (ب) : « يعتبر » .

(٣) في (أ) : « فيفرق » .

(٤) في (أ) : « ينقل » .

وإن كان [كلٌّ] [١] حِلَّةٍ بعيدةً عن الأخري ، فوجهان :

أحدهما : أنها كالقرى [٢] .

الثاني : أنها كالخيام المتواصلة فيضبط بمسافة القصر .

الثالثة : إن عُدِمَ بعضُ الأصناف في [٣] بلد :

فإن عُدِمَ العاملُ فقد سقط سهمُه ؛ للاستغناء عنه .

وإن عُدِمَ غيرُه ووُجِدَ في مكان آخر ، فوجهان :

أحدهما : يُنْقَل ؛ لأن استيعابَ الأصناف أهمُّ [٤] من ترك النقل .

والثاني - هو اختيار القاضي - : أنه يُرَدُّ إلى الباقين ؛ لأن مَنْ عدا أهل البلدِ كالمعدوم في حقه [٥] .

فعلى هذا إن رَدَدْنا عليهم فَفَضَل عن حاجتهم ، فالفاضلُ لابد من نقله ؛ لأنه فَقَدَ مستحقَّه ، فهو كما إذا عَدِمَ كل [٦] الأصناف ؛ إذ يتعينَّ النقلُ .

الرابعة : للمالك إيصالُ الصدقة بنفسه ، سواء كان المالُ [٧] ظاهرًا كالنَّعَمِ والزروع ، أو باطنًا كالنقد .

وللشافعي - رضي اللّه عنه - قول قديم : أن زكاةَ الأموال الظاهرةِ يجبُ صرفُها إلى الإمام .

---

(١) زيادة من (أ) ، (ب) .

(٢) هذا الوجه هو الأصح . انظر : روضة الطالبين : (٢ / ٣٣٥) .

(٣) في (أ) : « من » .

(٤) في (أ) : « أولى » .

(٥) قال في الروضة : « وإن عدم غيره [العامل] ، فإن جوزنا نَقْلَ الزكاة نُقِل نصيب الباقي ، وإلا فوجهان : ينقل . وأصحهما : يرد على الباقين » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٣١) .

(٦) في (أ) : « جميع » .

(٧) في (أ) : « المالك » ، وهو خطأ .

ففي الأفضل خلافٌ إن كان الإمامُ عادلًا ، فإن كان جائرًا ، فالأصح : أن مباشرتَه [1] بنفسه أولى .

ولا خلاف في أن يد الإمام لو طَلَبَ وجبت الطاعةُ ؛ لأنه في محل الاجتهاد .

وهل له المطالبةُ بمال النذور والكفارة ؟ فيه وجهان .

الخامسة : إنْ نَصَبَ الإمامُ ساعيًا ، فليكن : مسلمًا ، مكلَّفًا ، حُرًّا ، عدلًا ، فَقِيهًا بأبواب الزكاة ، غيرَ هاشميٍّ ، ولا من المرتزقة إلا على أحد الوجهين .

ولْيُعْلِم الساعي في السنة شهرًا يأخذ فيه صدقةَ الأموال ، فيَسِمُ الصدقات [2] ، فيكتب على نَعَمِ الصدقة « للّه » ، وعلى نَعَم الفيء « صَغَار» .

وفائدته : تمييزُ أحد المالين عن الآخر .

ثم موضعُ وَسْم الغنم آذانُها ؛ لكثرة الشعر على غيره [3] ، [4] وللبقر والإبل [4] أفخاذُها ، وليكن مَيْسم الغنم ألطف من مَيْسمِ البقر والإبل .

* * *

---

(1) في (أ) : « مباشرتها » .

(2) قال في الروضة : « وَسْمُ النَّعَم جائز في الجملة ، ووسم نعم الزكاة والفيء ؛ لتتميز ويردها مَنْ وجدها ضالة ، وليعرف المتصدقُ ولا يتملكها ؛ لأنه يكره أن يتصدق بشيء ثم يشتريه ، هكذا قال الشافعي رحمه اللّه » . روضة الطالبين : (٢ / ٣٣٦) .

(3) في (أ) : « غيرها » .

(4) في (أ) : « وفي الإبل والبقر » .

الفصل الثالث

في صدقة التطوع

وفيه مسائل :

الأولى : لا تحرم صدقةُ التطوع على الهاشميّ والمطلبيّ .

وهل [(1] كان يحرم [1)] على رسول الله ﷺ ؟ فيه خلافٌ ، مأخذه : أن امتناعَه عن القبول كان ترفُّعًا أو تورُّعًا [(2)] ؟

الثانية : صدقةُ السرِّ أفضل ؛ قال الله تعالى : ﴿ إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَٰتِ فَنِعِمَّا هِيَ ﴾ [(3)] الآية .

وقال – عليه الصلاة والسلام – : « صلةُ الرَّحِم تَزِيدُ في العمر ، وصدقةُ السِرِّ تُطْفئُ غضبَ الربِّ ، وصنائعُ المعروف تَقِي مصارعَ السُّوء » [(4)] .

الثالثة : صَرْفُها [(5)] إلى الأقارب أولى ؛ لقوله – عليه الصلاة والسلام – لزينب

---

(1) في (أ) : « كانت تحرم » .

(2) وكانت محرمة على رسول الله ﷺ على الأظهر ؛ تشريفًا له .

(3) من الآية (٢٧١) من سورة البقرة .

(٤) أورده الهيثمي في مجمع الزوائد : (٣ / ١١٨) كتاب الزكاة باب صدقة السر عن أم سلمة – رضي الله عنها – مرفوعًا ، وقال : رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبيد الله بن الوليد الوصافي وهو ضعيف وذكره الشيخ الألباني في السلسلة الصحيحة : (٤ / ٥٣٥ ، ٥٣٩) رقم (١٩٠٨) بعدة طرق ، وقال : وجملة القول : أن الحديث بمجموع طرقه وشواهده صحيح بلا ريب ، بل يلحق بالتواتر عند بعض المحدثين المتأخرين .

وانظر : الترغيب والترهيب : (١ / ٦٧٩) باب الترغيب في صدقة السر حديث رقم : (١٣٠٥) ، (١٣٠٦) عن أبي أمامة ، وأم سلمة رضي الله عنهما .

(5) في (أ) : « صرفه » .

امرأة عبد اللّه بن مسعود : « زوجُك وولدُك أحقُّ مَنْ تصدَّقْتِ عليه »[1] .

الرابعة : الإكثار منها[2] في شهر رمضان مستحبٌّ .

قال ابن عباس – رضي اللّه عنه – : « كان رسولُ اللّه ﷺ أجودَ الناس بالخير ، وكان أجودَ ما يكون في شهر رمضان[3] » .

الخامسة : مَن احتاج إلى المال لعياله فلا يستحبُّ له الصدقةُ ؛ لأن نفقةَ العيال كالدَّيْن ؛ قال – عليه الصلاة والسلام – : « كفى بالمرءِ إثمًا أن يُضَيّع مَنْ يقوته »[4] .

فإن فَضَلَ عنهم ، فإن كان (٥ يثق بالصبر ٥) على الإضاقة ، فيستحب له التصدق بالجميع بعد فراغه من قُوتِ يومه ؛ لما رُوِيَ عن عمر – رضي اللّه عنه – أنه قال : أمرنا رسولُ اللّه ﷺ بالتصدُّق ، فوافق ذلك مالًا عندي ، فقلت : اليومَ أَسْبِقُ أبا بكر إن سَبَقْتُهُ يومًا ، فجئت رسولَ اللّه ﷺ بنصف مالي ، فقال لي : « ماذا أبقيْتَ لأهلك ؟ »

---

(١) الحديث رواه البخاري : (٢ / ١٥٣) (٢٤) كتاب الزكاة (٤٤) باب الزكاة على الأقارب برقم : (١٤٦٣) .

(٢) قوله : « منها » ليس في (ب) .

(٣) رواه البخاري : (٤ / ١٣٩) (٣٠) كتاب الصوم (٧) باب أجود ما كان النبي ﷺ يكون في رمضان ، رقم : (١٩٠٢) باب كان النبي ﷺ أجود الناس بالخير من الريح المرسلة ، رقم : (٢٣٠٨) ، بإسنادهما من طريق الزّهري ، وعبيد اللّه بن عبد اللّه كلاهما عن ابن عباس رضي اللّه عنهما .

(٤) الحديث رواه أبو داود : (٢ / ٣٢١) (٣) كتاب الزكاة (٤٥) باب في صلة الرحم ، ورواه أحمد : (٢ / ١٦٠) برقم : (٦٤٩٥) كلاهما عن عبد اللّه بن عمرو بلفظ : « كفي بالمرء إثمًا أن يضيع من يقوت » .

ورواه مسلم : (١ / ٦٩٢) (١٢) كتاب الزكاة (١٢) باب فضل النفقة على العيال وإثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم ، برقم : (٩٩٦) بلفظ : « كفى بالمرء إثمًا أن يَحْبِسَ عَمَّنْ يملك قوته » عن عبد اللّه بن عمرو أيضًا مرفوعًا .

(٥) في الأصل ، (ب) : « شق الصبر » ، والمثبت من (أ) .

قلت : مِثْلَه . فجاء أبو بكر - رضي اللّه عنه - بجميع مالِه ، فقال له (١) : « ماذا أبقيْتَ لأهلك » ؟ فقال : اللّه ورسوله . فقال - عليه الصلاة والسلام - : « بينكما ما بين كلمتيكما » . فقلت : لا أُسابقك إلى شيء أبدًا (٢) .

فأما مَنْ لا يصبر على الإضاقة كُرِه له التصدُّقُ بجميع المال .

قال جابر : بينا نحن عند رسول اللّه ﷺ إذ جاءه رجل بمثل البَيْضَةِ من الذهب أصابها من بعضِ المعْدِن ، فقال : يا رسول اللّه ، خُذْها صدقةً ، فواللّهِ ما أصبحتُ أملك مالًا غيرها ، فأعرض عنه حتى جاء من جوانبه وأعاد عليه ، فقال - عليه الصلاة والسلام - : « هَاتِها - مُغْضَبًا - ورمى رَمْيَةً لو أصابته لأوجعته أو عَقَرَتْه » ثم قال : « يأتي أحدُكم بماله كلِّه ويتصدَّق به ، ثم يجلس بعد ذلك يتكفَّفُ وجوهَ الناسِ ، إنما الصدقةُ عن ظَهْرِ غِنًى » (٣) . واللّه أعلم بالصواب ..

وصلى اللّه على سيدنا محمدٍ وآله وصحبه أجمعين (٤) .

* * *

---

(١) قوله : « له » ليس في (ب) .

(٢) أخرجه أبو داود : (٢ / ٣١٣) (٣) كتاب الصلاة (٤٠) باب [من] الرخصة في ذلك رقم : (١٦٧٨) . والترمذي : (٥ / ٥٧٤) ٥٠ - كتاب المناقب (١٦) باب في مناقب أبي بكر وعمر (رضي اللّه عنهما كليهما) رقم : (٣٦٧٥) بإسنادهما من طريق الفضلُ بن دُكَين . حدثنا هشام بن سعد عن زيد بن أسلم عن أبيه قال : سمعت عمر بن الخطاب يقول ... الحديث ، رواه البيهقي : (٤ / ١٨٠) كتاب الزكاة ، باب ما يستدل به على أن قوله ﷺ : « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » . من نفس الطريق السابق .

(٣) أخرجه أبو داود : (٢ / ٣١٠) كتاب الزكاة (٣٩) باب الرجل يخرجُ من ماله . حديث رقم : (١٦٧٣) . رواه أيضًا البيهقي في السنن الكبرى : (٤ / ١٥٤) كتاب الزكاة - باب من قال لا شيء في المعدن حتى يبلغ نصابًا . كلاهما من طريق موسى بن إسماعيل ، حدثنا حماد ، عن محمد بن إسحاق عن عاصم بن عمر بن قتادة ، عن محمود بن لبيد ، عن جابر بن عبد اللّه الأنصاي بلفظ : « يأتي أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ، ثم يقعدُ يستكف الناس . خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى » .

(٤) قال كاتب المخطوطة عند هذا الموضع : تم الجزء الثاني بحمد اللّه ومَنّه وكرمه ، والحمد للّه وحده ، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه . غفر اللّه لكاتبه وقارئه ولجميع المسلمين . يتلوه في الجزء الثالث كتاب النكاح إن شاء اللّه تعالى .



فهرس محتويات المجلد الرابع

الموضوع | الصفحة